

Begjæringer om tilgang til dokumentbevis

Om spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6 første ledd

Kandidatnummer: 696

Leveringsfrist: 25.11.2015

Antall ord: 17 710



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	1
1.3	Begrepsbruk	3
1.4	Rettskildebildet	3
1.5	Den videre fremstillingen.....	4
2	ORDNINGEN MED BEVISTILGANG.....	5
2.1	Kort om bevisføring i sivile saker.....	5
2.2	Bakgrunnen for reglene om bevistilgang	6
2.3	Partenes sannhets- og opplysningsplikt	8
2.4	Vilkårene for plikt til å gi bevistilgang	9
2.4.1	Generelt om vilkårene	9
2.4.2	Bevistilgang må være begjært, jf. tvisteloven § 26-6 (1)	11
2.4.3	Gjenstanden må bære informasjon om relevante faktiske omstendigheter	12
2.4.4	Den som pålegget blir rettet mot, «har hånd om» bevisgjenstanden eller «kan skaffe den til veie», jf. tvisteloven § 26-5 (1).....	14
2.4.5	Opplysningene må ikke være omfattet av et bevisforbud eller bevisfritak	15
2.4.6	Det må være forholdsmessig å gi bevistilgang, jf. tvisteloven § 26-5 (3).....	16
2.4.7	Spesifikasjonskravet, jf. tvisteloven § 26-6 (1)	18
3	GENERELT OM SPESIFIKASJONSKRAVET	19
3.1	Bakgrunnen for spesifikasjonskravet	19
3.2	Retningslinjer i lov og forarbeider	20
4	RETTSPRAKSIS OM SPESIFIKASJONSKRAVET ETTER TVISTEMÅLSLOVEN	22
4.1	Innledning	22
4.2	Perioden 1936–1992 – et strengt spesifikasjonskrav	22
4.3	Perioden 1992–2008 – en betydelig modifikasjon av spesifikasjonskravet	24
5	RETTSTILSTANDEN ETTER TVISTELOVEN	28
5.1	Innledning	28
5.2	Betydning av lempningsadgangen etter tvisteloven § 26-6 (2).....	28
5.2.1	Innledning	28
5.2.2	Kort om lempningsadgangen i tvisteloven § 26-6 (2)	28

5.2.3	Betydningen av tvisteloven § 26-6 (2) for momentene fra tvistemålslovens rettspraksis	31
5.2.4	Medfører lempningsadgangen og forholdsmessighetskravet at spesifikasjonskravet er utvannet og uten praktisk interesse?	33
5.3	Betydningen av spørsmålsadgangen etter tvisteloven § 26-5 (2)	34
5.4	Rettspraksis etter tvisteloven	35
5.5	Typetilfeller og retningslinjer	39
5.5.1	Innledning	39
5.5.2	All korrespondanse uten nærmere tematisering	40
5.5.3	Dokumenter som omhandler et nærmere angitt tema.....	41
5.5.4	Dokumenter av en bestemt kategori	44
5.5.5	Elektronisk lagret materiale.....	45
6	OPPSUMMERING	48
7	KILDER.....	50
7.1	Lover	50
7.2	Forarbeider	50
7.3	Rettsavgjørelser.....	50
7.4	Juridiske bøker	52
7.5	Juridiske artikler.....	52

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er kravet til spesifikasjon i tvisteloven § 26-6 (1):

«En begjæring om tilgang til eller spørsmål om realbevis skal spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder.»

Informasjonsteknologiens rivende utvikling de siste 20 årene, særlig bruken av e-post, har ført til en betraktelig økning i antallet potensielle dokumentbevis. Et illustrerende eksempel er en sak fra Borgarting lagmannsrett, hvor de ankende parter begjærte bevistilgang til ca. 28 000 sider med dokumenter.¹ Bevistilgang er noe partene i sivile saker ofte strides om, og den teknologiske utviklingen tilsier at temaet ikke vil bli mindre aktuelt i fremtiden. Et spørsmål som dermed påkaller særlig interesse, er hvor spesifisert en begjæring om bevistilgang må utformes.

Hovedproblemstillingen i avhandlingen er hvilke krav til spesifikasjon som stilles ved begjæringer om bevistilgang. Forskjellige typetilfeller av bevisbegjæringer vil bli analysert og drøftet – fra de klare ytterpunktene til de tvilsomme grensetilfellene.

Forarbeidene til tvisteloven forutsetter at spesifikasjonskravet etter tvisteloven § 26-6 (1) skal forstås i samsvar med nyere rettspraksis etter tvistemålsloven § 253. Samtidig inneholder tvisteloven enkelte nyvinninger om bevistilgang, nærmere bestemt reglene om spørsmålsadgang i § 25-5 (2) og lempningsadgang i § 26-6 (2). Det vil derfor også bli drøftet hvilken betydning disse reglene har for anvendelsen av spesifikasjonskravet.

1.2 Avgrensninger

Avhandlingen vil ta utgangspunkt i tvistelovens regler om allmennprosess.² Reglene om bevistilgang er de samme for småkravprosessen. Avveiningene kan imidlertid falle annerledes ut som følge av særlige hensyn som gjør seg gjeldende for småkrav, først og fremst hensynene til effektivitet og forholdsmessighet, jf. tvisteloven § 10-3 (5). Disse særlige hensynene vil ikke bli nærmere behandlet. Videre avgrenses det mot hvordan bevistilgang behandles i forliksrådet³ og i spesialprosess⁴.

¹ LB-2014-175265.

² Tvisteloven kapittel 9.

³ Tvisteloven kapittel 6.

⁴ Slik som de særlige rettergangsreglene i skifteloven, tvangsfullbyrdsloven, skjønnsprosessloven og jordskifteloven.

Twisteloven opererer med fire forskjellige bevismidler: partsforklaringer, vitnebevis, sakkyn-
digbevis og realbevis.⁵ Realbevis omfatter «*personer og gjenstander (fast eiendom, løsøre,
dokumenter, elektronisk lagret materiale mv.) ...*», jf. tvisteloven § 26-1. Avhandlingen vil
hovedsakelig drøfte bevistilgang til dokumenter, som er tema i de fleste tvister om bevistil-
gang. Elektronisk lagrede dokumenter behandles når det gjelder fastleggingen av innholdet i
spesifikasjonskravet, ettersom disse ofte reiser de samme spørsmål som fysiske dokumenter,
jf. punkt 5.5.5. Utover dette vil ikke særspørsmål om elektronisk lagret materiale bli behand-
let,⁶ heller ikke bevistilgang til personer eller andre gjenstander. Det avgrenses også mot be-
visopptak etter kapittel 27 og bevissikring utenfor rettssak etter kapittel 28.

Twisteloven trådte i kraft 1. januar 2008 og erstattet tvistemålsloven av 1915. Tvistemålsloven
hadde også regler som påla parter og tredjepersoner en plikt til å fremlegge bevis (edisjons-
plikt). Tvistemålsloven skilte imidlertid mellom materiell og prosessuell fremleggelsesplikt,
jf. §§ 250–253. Den materielle edisjonsplikten innebar en utleveringsplikt uavhengig av den
pågående rettssaken. Plikten bygget på materiellrettslige regler, for eksempel at saksøker eide
dokumentet, eller at dokumentene kunne kreves utlevert som en kontraktsrettslig biforplikt-
se eller i medhold av forvaltningsloven eller offentlighetsloven.⁷ Den prosessuelle edisjons-
plikten var den plikten motparten eller tredjepersoner hadde til å utlevere dokumenter som
kunne tjene som bevis i en verserende rettssak.⁸ Skillet mellom materiell og prosessuell edi-
sjonsplikt er ikke videreført i tvisteloven. Twisteloven har ingen bestemmelser om materiell
edisjonsplikt, kun bestemmelser som tilsvarende tvistemålslovens regler om prosessuell edi-
sjonsplikt. I dag må derfor utleveringsplikt på materielt grunnlag fremmes som et eget krav i
saken.⁹ Dette kan gjøres ved eget søksmål eller ved at kravet kumuleres med de øvrige krave-
ne i saken etter tvisteloven § 15-1.¹⁰ Den materielle edisjonsplikten vil ikke bli behandlet
nærmere.

Spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6 (1) gjelder både for begjæringer om tilgang til real-
bevis og for adgangen til å stille spørsmål om hvilke realbevis som finnes. Avhandlingen om-
handler spesifikasjonskravet for begjæringer om bevistilgang. Adgangen til å stille spørsmål
om bevisgjenstander etter § 26-5 (2) vil imidlertid bli gjennomgått kort i punkt 5.3 i forbin-
delse med betydningen denne adgangen har for rettens vurdering av spesifikasjonskravet.

⁵ Twisteloven kapittel 23–26.

⁶ Se Astrup Hjort (2015) som behandler bevistilgang til digitale bevis i dybden.

⁷ Prp. side 204.

⁸ Prp. side 204.

⁹ NOU B side 977.

¹⁰ Skoghøy (2014) side 808.

1.3 Begrepsbruk

Begrepet «bevistilgang» kan ha to betydninger. Bevistilgang kan være en felles betegnelse for alle former for tilegnelse av bevis, for eksempel bevistilgang etter begjæring, bevissikring utenfor rettssak og bevisopptak.¹¹ Begrepet gis da en vid betydning. Bevistilgang kan også brukes i snever betydning i form av bevistilgang etter begjæring i henhold til tvisteloven §§ 26-5 og 26-6.¹² I avhandlingen vil begrepet bevistilgang brukes i tråd med den sistnevnte betydningen.

«Edisjonsplikt» betyr utleveringsplikt og omhandler partenes plikt til å stille bevis til rådighet.¹³ Den prosessuelle edisjonsplikten tilsvarer det som menes med «bevistilgang» i snever betydning. I avhandlingen vil hovedsakelig begrepet «bevistilgang» bli brukt.

Begrepet «provokasjon» benyttes i det praktiske rettsliv om oppfordringer til motparten om frivillig å tilby bevis eller gi andre opplysninger som kan ha betydning for saken.¹⁴ Dette gjøres normalt ved at en part i stevning, tilsvare eller senere prosesskriv anmoder motparten om frivillig å fremlegge spesifiserte dokumenter som er i dennes besittelse, eller som han kan skaffe til veie. Begrepet «provokasjon» er et forholdsvis dagligdags begrep for advokater og dommere, men forekommer ikke i tvisteloven.¹⁵

Kravet i tvisteloven § 26-6 (1) om at en begjæring om tilgang til eller spørsmål om bevis «skal spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder», navngis på forskjellige måter i juridisk litteratur¹⁶ og forarbeidene til tvisteloven.¹⁷ Det blir kalt både «individualiseringskravet» og «spesifikasjonskravet». «Individualiseringskravet» var den vanligste betegnelsen under tvistemålsloven, mens «spesifikasjonskravet» er kommet i bruk med tvistelovens ikrafttredelse. I avhandlingen vil hovedsakelig betegnelsen «spesifikasjonskravet» benyttes.

1.4 Rettskildebildet

Problemstillingen i avhandlingen er rettsdogmatisk, og avhandlingen vil derfor basere seg på alminnelig juridisk metode.¹⁸ Tvisteloven suppleres av grundige forarbeider, hovedsakelig i

¹¹ Astrup Hjort (2015) side 13.

¹² Astrup Hjort (2015) side 13.

¹³ Robberstad (2012) side 239.

¹⁴ Ristvedt/Tørum (2015) side 106.

¹⁵ Ristvedt/Tørum (2015) side 106.

¹⁶ Schei mfl. (2013) side 955 og Skoghøy (2014) side 811.

¹⁷ NOU B side 980 og prp. side 204–205.

¹⁸ Eckhoff (2001) side 15 flg.

form av Tvistemålsutvalgets utredning NOU 2001: 32 bind A og B, Rett på sak og departementets lovproposisjon Ot.prp. nr. 51 (2004–2005). Disse inneholder imidlertid få retningslinjer for vurderingen av spesifikasjonskravet, jf. punkt 3.2. Det foreligger omfattende praksis fra Høyesterett om forståelsen av individualiseringskravet i tvistemålsloven § 253, men få saker om spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6 (1). Ettersom vurderingen av spesifikasjonskravet er nokså konkret, er rettspraksis den dominerende kilden for fastlegging av dets nærmere innhold.

1.5 Den videre fremstillingen

I punkt 2 redegjøres det kort for bevisføring i sivile saker, bakgrunnen for bevistilgangsreglene, partenes sannhets- og opplysningsplikt og vilkårene for bevistilgang. Spesifikasjonskravet må ses i sammenheng med de øvrige vilkår for bevistilgang, særlig relevanskriteriet. Det hele og fulle bildet krever derfor en kort redegjørelse også for disse vilkårene.

I punkt 3 presenteres spesifikasjonskravets bakgrunn og hvilke retningslinjer lov og forarbeider gir om anvendelsen av kravet.

I punkt 4 redegjøres det for utviklingen av spesifikasjonskravet i rettspraksis etter tvistemålsloven. I punkt 5 redegjøres det for tolkningen av spesifikasjonskravet etter gjeldende rett. Det omfatter blant annet hvilken betydning nyvinningene i tvisteloven §§ 26-5 (2) og 26-6 (2) har for tolkningen av spesifikasjonskravet. I dette punktet vil også retningslinjer, typetilfeller og momenter fra rettspraksis for vurderingen av spesifikasjonskravet gjennomgås. Avslutningsvis i punkt 6 vil det gis en kort oppsummering av spesifikasjonskravet etter gjeldende rett.

2 Ordningen med bevistilgang

2.1 Kort om bevisføring i sivile saker

Reglene om bevis i tvistelovens femte del gjelder «*det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken*», jf. tvisteloven § 21-1. Begrepet «bevis» er ikke nærmere definert i tvisteloven, og det er definert på ulike måter i juridisk litteratur. Etter mitt syn gir Strandberg en dekkende definisjon:

*«Et bevis er et fenomen som bærer en informasjon som tilsier at en faktumspåstand er sann eller usann, og det er den informasjonen som tilsier at en faktumspåstand er sann eller usann, som er fellestrekket for alle bevis».*¹⁹

Utgangspunktet i tvisteloven § 11-2 (2) er at det er partene som har hovedansvaret for å gjøre rede for faktiske forhold og bevis som er av betydning i saken. Dette omtales gjerne som forhandlingsprinsippet i sivilprosessen.²⁰ Videre ligger det i forhandlingsprinsippet at retten bare kan bygge på de påstandsgrunnlag som partene har påberopt ved avgjørelsen, jf. § 11-2 (1) andre punktum.²¹ Dette prinsippet er en videreføring av disposisjonsprinsippet, som innebærer at partene selv bestemmer over kravet og måten det presenteres på. Retten har imidlertid ansvaret for rettsanvendelsen, jf. § 11-3.

Det er i utgangspunktet fri bevisføring i norsk rett, jf. § 21-3 (1). Begrensninger i bevisføringen krever særlig hjemmel. Slike begrensninger følger av tvisteloven §§ 21-7 (alminnelige begrensninger) og 21-8 (forholdsmessighet), kapittel 22 (bevisforbud og bevisfritak) og «*øvrige bevisregler i loven*», jf. § 21-3 (1) andre punktum. Disse begrensningene har også betydning for adgangen til å begjære bevistilgang, og vil omtales nærmere i punkt 2.4.5 og 2.4.6.

Prinsippene om muntlighet og bevisumiddelbarhet, jf. § 9-14, innebærer at partene som hovedregel skal presentere saken muntlig og føre bevisene direkte for retten. Dette gir retten grunnlag for en direkte og selvstendig vurdering av bevisene.²² På denne måten ivaretas også prinsippet om rettens frie bevisbedømmelse.²³ Retten skal foreta en samvittighetsfull prøving av bevisene som er ført, for å avgjøre hvilket saksforhold som skal legges til grunn.²⁴ Hvilken

¹⁹ Strandberg (2012) side 49, med henvisning til Walton (2002) side 225.

²⁰ Prp. side 404–405.

²¹ Prp. side 404.

²² Prp. side 203.

²³ Dette kommer til uttrykk i tvisteloven § 21-2 (1), jf. § 11-2 (2) tredje punktum.

²⁴ Skoghøy (2014) side 556.

grad av sannsynlighet som kreves, kalles «beviskrav», og i norsk rett er utgangspunktet at det faktum som er «*mest*» eller «*overveiende*» sannsynlig, skal legges til grunn.²⁵

Partenes hovedansvar for bevisførselen, sammenholdt med beviskravet, innebærer at det må stilles til rådighet virkemidler som gjør det mulig for partene å føre tilstrekkelig bevis for sine krav. Bevistilgang er det sentrale virkemiddelet når en part ikke selv besitter nødvendige dokumenter.

2.2 Bakgrunnen for reglene om bevistilgang

Den grunnleggende målsetningen med prosessordningen er å oppnå materielt riktige avgjørelser etter «*en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling*», jf. tvisteloven § 1-1 (1). For å oppnå målsetningen om et materielt riktig resultat er retten avhengig av et riktig og fullstendig faktisk avgjørelsesgrunnlag. Dette ble ansett som det styrende hensynet ved utformingen av tvistelovens regler om bevis, og det er uttalt i forarbeidene at det «*skal tungtveiende grunner til for å gi regler om bevis som skaper en risiko for at avgjørelsen i saken kan bli bygget på et uriktig faktisk grunnlag*».²⁶ Med dette la Tvistemålsutvalget til grunn at et hovedformål med bevisreglene er å optimalisere mulighetene for et riktig faktisk avgjørelsesgrunnlag. Uttalelsen tilsier at det ikke bør stilles for strenge krav til en begjæring om bevistilgang. Jo enklere det er å få akseptert begjæringer om bevistilgang, jo oftere vil partene i sivile tvister anvende virkemiddelet. Dette vil i neste omgang gi et bredere avgjørelsesgrunnlag og øke sannsynligheten for at retten legger til grunn et korrekt faktum for sin avgjørelse.

Likevel er det slik at lovgiver ved vedtakelsen av tvisteloven hadde en målsetning om å effektivisere sivilprosessen ved å gjøre den rimeligere og mer kostnads- og tidseffektiv, jf. § 1-1 (1).²⁷ En for vidtgående rett til bevistilgang vil kunne medføre stor ressursbruk for motparten, både i tid og kostnader. For eksempel kan det ta flere uker å gjennomgå og sortere alt som er relevant i store byggeprosjekter i offshore- eller eiendomsbransjen.²⁸ Prosessøkonomiske hensyn tilsier dermed at terskelen for å kreve bevistilgang heller ikke må være for lav.

Denne avveiningen, mellom på den ene siden hensynet til materielt riktige avgjørelser og på den andre siden prosessøkonomiske hensyn, er noe retten må vurdere etter forholdsmessighetsbegrensningen i § 26-5 (3), jf. punkt 2.4.6. Imidlertid skal også spesifikasjonskravet ivareta noen av disse hensynene, ved at begjæringer om bevistilgang skal avgrenses på en hensiktsmessig måte, jf. punkt 3.1.

²⁵ Skoghøy (2014) side 874 og 877, med henvisninger til en lang rekke høyesterettsavgjørelser.

²⁶ NOU A side 454.

²⁷ NOU A side 111 og 116.

²⁸ Ristvedt/Tørum (2015) side 111.

I tråd med dette uttalte ankeutvalget i Rt. 2010 side 774 avsnitt 57 at bevis tilgang er «*en forutsetning for rettighetshåndhevelse ved søksmål*». Bevis tilgang til motpartens dokumenter kan være nødvendig for at en part skal kunne sannsynliggjøre sine påstandsgrunnlag eller for å kunne motbevise motpartens.²⁹ Bevis tilgangsreglene er dermed av betydning også for å sikre grunnleggende prosessuelle rettigheter som retten til domstolsprøving og kontradiksjon, jf. § 1-1 (2) første og andre strekpunkt.³⁰ Dette er også offentlige interesser.

I rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har det utkrystallisert seg en rekke grunnleggende rettergangskrav i tilknytning til kravet om «*fair trial*» i EMK art. 6 nr. 1. Bevis tilgang har betydning for domstolens ivaretagelse av flere av disse prinsippene, herunder retten til domstolsprøving og kontradiksjonsprinsippet. Et annet prinsipp er likhetsprinsippet, «*equality of arms*», som innebærer at en part skal ha en rimelig mulighet til å legge frem sin sak for retten på vilkår som ikke stiller ham vesentlig dårligere enn motparten.³¹ En part må derfor ha adgang til å begjære tilgang til bevis som er av betydning i saken, men som den annen part er i besittelse av.

I McGinley and Egan-saken uttalte EMD at EMK art. 6 nr. 1 vil bli krenket dersom bevis tilgang nektes uten at det foreligger en god grunn.³² Saken gjaldt tvist mellom en privat part og staten, men Tvistemålsutvalget la til grunn at retten til rettferdig rettergang gir retten et selvstendig ansvar for også å sikre bevis tilgang i saker mellom private parter.³³ Ettersom staten kan nekte å gi bevis tilgang dersom det foreligger en «god grunn», kan det ikke utledes en absolutt og ubetinget rett til bevis tilgang etter EMK art. 6 nr. 1. Tvistemålsutvalget la til grunn at dette åpne vurderingstemaet overlater atskillig skjønnsmyndighet til den enkelte stat ved utformingen av vilkårene for bevis tilgang. Det betyr at norsk lovgiver selv, innenfor visse rammer, avgjør hvilke krav som skal stilles til spesifikasjon.³⁴ EMK kan også sette begrensninger i adgangen til bevis tilgang, særlig gjennom art. 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv. De særlige spørsmål denne bestemmelsen reiser, behandles ikke nærmere i avhandlingen.

Tvistelovens ordning med bevis tilgang er ikke den eneste mulige måten å ivareta hensynet til sakens opplysning på. Ordningen med «*discovery*» (amerikansk rett) og «*disclosure*» (engelsk

²⁹ Ristvedt/Tørum (2015) side 122.

³⁰ Grunnloven § 95 og EMK art 6 nr. 1, jf. bl.a. EMD Walston v. Norway (2003).

³¹ NOU A side 172.

³² EMD McGinley and Egan v. The United Kingdom (1998) avsnitt 86.

³³ NOU A side 174.

³⁴ NOU A side 174.

rett) gir meget vidtgående regler om bevisavklaring og bevistilgang under saksforberedelsen i angloamerikansk rett.³⁵ Etter de amerikanske reglene er for eksempel partene gitt en generell rett til, med unntak for bl.a. taushetsregler for leger og advokater, å få se dokumenter motparten har i sin besittelse, og som kan være relevante for saken.³⁶ Reglene sikrer en bred opplysning av saken og øker sannsynligheten for materielt riktige avgjørelser, men prosessen er samtidig svært kostnads- og tidkrevende.³⁷

Twistemålsutvalget la til grunn at det ikke skal åpnes opp for et prinsipp om discovery/disclosure i norsk rett.³⁸ Det kunne medført at spesifikasjonskravet i § 26-6 (1) falt bort. Utvalget mente likevel at bevistilgangsreglene skulle åpne for en noe større grad av dokumentinnsyn for å tilrettelegge for opplysning av saken.³⁹ På dette grunnlaget ble det vedtatt regler om lempning i § 26-6 (2) og spørsmålsadgang i § 26-5 (2), jf. punkt 5.2 og 5.3. Disse fører til at fremleggelsesplikten vil rekke vesentlig lenger under tvisteloven enn tvistemålsloven.⁴⁰

2.3 Partenes sannhets- og opplysningsplikt

I tvisteloven § 21-4 (1) heter det:

*«Partene skal sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst. De skal gi de rede-
gjørelser og tilby de bevis som er nødvendig for å oppfylle plikten, og har plikt til å gi
forklaringer og bevistilgang i henhold til § 21-5.»*

Bestemmelsen uttrykker partenes plikt til å sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst. Den må ses i sammenheng med § 21-5 om allmenn vitne- og bevisplikt for partene og andre. Utgangspunkt i sivile saker er at de respektive partene har hovedansvaret for å opplyse egen sak. Paragraf 21-4 gjør imidlertid plikten til å opplyse saken generell, og det innebærer at partene også plikter å opplyse om bevis de har hånd om som er til støtte for motpartens sak.⁴¹ Regelen skal dermed sikre at rettsavgjørelsene treffes på et fullstendig og riktig faktisk grunnlag.

³⁵ Schei mfl. (2013) side 953.

³⁶ NOU A side 462–463.

³⁷ NOU A side 465.

³⁸ NOU A side 465.

³⁹ NOU A side 465.

⁴⁰ Schei mfl. (2013) side 955.

⁴¹ Prp. side 454.

Sannhets- og opplysningsplikten innebærer at partene på eget initiativ skal gi redegjørelser og tilby bevis. Det følger av § 21-4 (2) at parten også skal opplyse om viktige bevis som de ikke har hånd om, og som parten heller ikke har grunn til å regne med at den annen side er kjent med. Dersom partene lojalt etterlever pliktene etter § 21-4, skulle mange av bevisene en part ellers måtte ha begjært fremlagt, presumptivt bli tilbudt av motparten på eget initiativ.⁴²

Ulike grunner kan imidlertid gjøre det nødvendig for en part å være aktiv for å frembringe bevis og andre opplysninger motparten har kunnskap om eller besitter. For eksempel kan motparten være av den oppfatning at dokumentene ikke er relevante bevis i saken, eller han kan vegre seg for å tilby bevis som taler mot hans sak. Det kan gjøre det nødvendig for en part å begjære bevis fremlagt i medhold av tvisteloven §§ 26-5 til 26-8.

2.4 Vilkårene for plikt til å gi bevistilgang

2.4.1 Generelt om vilkårene

Utgangspunktet er at *«[e]nhver har plikt til å stille til rådighet som bevis gjenstander vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie»*, jf. tvisteloven § 26-5 (1). Etter ordlyden er plikten til å gi bevistilgang ikke begrenset til sakens formelle parter eller vitner. Den som har hånd om dokumenter som kan utgjøre bevis i saken, plikter å stille disse til rådighet som bevis.⁴³ Plikten er betinget av at nærmere vilkår er oppfylt, og disse gjennomgås i punktene nedenfor. Regelen i § 26-5 (1) svarer til regelen om allmenn bevisplikt i § 21-5, hvor det følger at *«[e]nhver plikter å gi ... tilgang til gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en rettssak ...»*.

I sivile saker er den vanlige fremgangsmåten at saksøker eller saksøkte i stevningen eller et senere prosesskriv ber motparten frivillig fremlegge spesifiserte dokumenter, jf. punkt 1.3. Provokasjoner kan også fremsettes uformelt mellom partene eller partenes prosessfullmektiger. Slike provokasjoner skaper ingen fremleggelsesplikt for motparten, utover det som allerede følger av tvisteloven § 21-4: Dersom parten blir klar over bevis han har hånd om, skal han tilby bevisene. Unnlatelse av å besvare provokasjoner kan etter omstendighetene også være et bevismoment til skade for parten, jf. Rt. 2004 side 1668 avsnitt 41. Utover dette kan ikke en unnlatelse av å besvare en provokasjon medføre slike konsekvenser som en part risikerer ved et rettslig pålegg om bevistilgang, se nedenfor.

Hvis motparten ikke legger frem bevisene frivillig, kan parten begjære at retten avgjør spørsmålet om bevistilgang. Retten kan pålegge motparten å fremlegge bevisene, jf. tvisteloven §§ 26-5 til 26-8. Spørsmålet om hvorvidt det skal gis pålegg om bevistilgang, er en *«tvist om*

⁴² Ristvedt/Tørum (2015) side 110.

⁴³ NOU B side 979.

bevis» og skal avgjøres ved kjennelse, jf. § 19-1 (2) bokstav d. Dersom pålegget retter seg mot en tredjeperson, skal vedkommende ved behandlingen av dette spørsmålet ha stilling som part.⁴⁴ Etter § 26-7 (3) første punktum kan retten stille nærmere krav om tilgjengeliggjøring, oppbevaring og andre forhold som har betydning for føringen av beviset. En kjennelse om bevistilgang kan ankes i henhold til §§ 29-2 og 30-3. Beviset skal ikke gjøres kjent før tvisten om bevistilgang er bindende avgjort, jf. § 26-7 (3) andre punktum.

En part som unnlater å overholde et rettslig pålegg om bevisfremleggelse, risikerer flere rettslige konsekvenser.⁴⁵ Etter omstendighetene kan unnlatelsen være et bevismoment til skade for parten i bevisvurderingen, jf. Rt. 2004 side 1668 avsnitt 41. Videre kan retten utstede fristforelegg i henhold til § 16-7 (2).⁴⁶ Manglende oppfyllelse av fristforelegg innen en bestemt angitt frist vil bety fravær i saken. Det kan føre til avvisning av saken, jf. § 16-9, eller fraværssdom, jf. § 16-10. Et rettslig pålegg om bevisfremleggelse overfor partene kan imidlertid ikke tvangsfullbyrdes, jf. § 26-8 (2). Lovgiver har vurdert det som tilstrekkelig at manglende overholdelse av et slikt pålegg blir tilstrekkelig ivaretatt gjennom rettens bevisbedømmelse eller bruk av fristforelegg.

Overfor tredjeparter kan retten imidlertid bestemme at en rettskraftig kjennelse om bevistilgang skal tvangsfullbyrdes etter reglene i tvangsfullbyrdesloven, jf. tvisteloven § 26-8 (1). Det samme gjelder for partene i indispositive saker, hvor offentlige hensyn tilsier at domstolene har en særlig plikt til å sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, jf. § 26-8 (2).⁴⁷

Videre følger det av domstoloven §§ 209 og 210 at en tredjeperson eller part i en indispositiv sak kan risikere straff og erstatningsansvar dersom et pålegg om bevistilgang ikke etterkommes. Endelig vil en unnlatelse av å overholde et pålegg kunne medføre at saken må ombehandles for å sikre «*forsvarlig behandling eller tungtveiende grunner ellers taler for det*», jf. tvisteloven § 16-3 (1).

Seks kumulative vilkår må være oppfylt for at retten skal kunne gi pålegg om bevistilgang.⁴⁸ Fem av vilkårene behandles nedenfor i punkt 2.4.2 til 2.4.6. Det siste vilkåret, spesifikasjonskravet, behandles i punkt 3–6.

⁴⁴ Jf. Rt. 2012 side 1750 avsnitt 13–14.

⁴⁵ Ristvedt/Tørum (2015) side 169 flg.

⁴⁶ Prp. side 252.

⁴⁷ Skoghøy (2014) side 571 og 822–823.

⁴⁸ Skoghøy (2014) side 807 flg.

2.4.2 Bevistilgang må være begjært, jf. tvisteloven § 26-6 (1)

Bevistilgang må være begjært. Dette følger eksplisitt av ordlyden i tvisteloven § 26-6 (1) ved at det kreves en «*begjæring*» som skal «*spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder.*» Videre følger det av § 26-5 (3) andre punktum at retten kan kreve at den som «*har begjært*» bevistilgang, forskutterer utgiftene til gjennomføringen.

Det er først og fremst partene i saken som kan begjære bevistilgang.⁴⁹ Dette har sammenheng med at det er partene som har ansvar for å sørge for at saken blir tilstrekkelig opplyst, jf. § 11-2 (2).

Retten kan også kreve bevistilgang uten at det er blitt begjært av en part. Dette kan skje i to tilfeller.⁵⁰ For det første må retten kunne kreve bevistilgang i indispositive saker, jf. § 11-4.⁵¹ Dette er saker hvor partene ikke har fri råderett over tvistegjenstanden. Det gjelder for eksempel saker om barns rettsforhold etter barneloven eller administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren etter tvisteloven kapittel 36, jf. § 11-4. I indispositive saker har loven gjort et unntak fra forhandlingsprinsippet, slik at bevisføringen ikke alene er overlatt sakens parter, jf. § 11-2 (2). Her har retten plikt til å sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, jf. § 21-3 (2) første punktum. Bakgrunnen er at samfunnsmessige hensyn i disse sakene gjør at hensynet til materielt riktige avgjørelser veier tyngre enn ellers.⁵²

For det andre kan retten sørge for bevisførsel av eget tiltak i «*andre saker*», med mindre partene motsetter seg dette, jf. § 21-3 (2) andre punktum. Dette gjelder saker hvor partene har fri rådighet.⁵³ Rettens bevisføring vil være avskåret hvis alle partene motsetter seg det.⁵⁴ Det holder ikke at en av partene motsetter seg. Dersom vilkårene i § 21-3 (2) andre punktum er oppfylt, må også krav om bevistilgang kunne fremsettes av retten.⁵⁵ I praksis er nok dette lite aktuelt ettersom det er enklere for retten å be partene om å legge frem visse bevis i henhold til § 11-5 (5). Dette er en enklere fremgangsmåte enn å fremsette mer formelle begjæringer etter § 26-6. I tillegg vil retten kunne vektlegge manglende bevisfremleggelse ved bevisbedømmelsen.

⁴⁹ Skoghøy (2014) side 810.

⁵⁰ Skoghøy (2014) side 810.

⁵¹ Skoghøy (2014) side 810.

⁵² NOU B side 946.

⁵³ NOU B side 946.

⁵⁴ NOU B side 946.

⁵⁵ Skoghøy (2014) side 810.

En begjæring om bevistilgang fremsettes for retten. Begjæringen kan fremsettes i rettsmøte (§ 12-1, jf. domstolloven § 122), stevning (tvisteloven § 9-1), tilsvare (§ 9-3), eller i senere prosesskriv (tvisteloven kapittel 12). Loven stiller ingen spesielle krav til begjæringen, med unntak av spesifikasjonskravet i § 26-6 (1). For å sikre at saken blir behandlet raskt, prosessøkonomisk og forsvarlig skal retten og partene, i praksis deres prosessfullmektiger, blant annet gjennomgå behovet for bevistilgang under planmøtet, jf. § 9-4 (2) bokstav f.⁵⁶ Dette gjør at retten på et tidlig stadium kan sette frister for besvarelse av provokasjoner og bevisbegjæringer, noe som vil bidra til at saken blir forsvarlig forberedt før hovedforhandlingen.⁵⁷ Det følger av § 9-16 (1) at partene som hovedregel ikke kan tilby nye bevis etter at saksforberedelsen er avsluttet. Dermed skal begjæringer om bevistilgang i utgangspunktet avskjæres dersom de fremsettes etter saksforberedelsens avslutning, jf. § 9-16, jf. § 9-10. Parter som begjærer bevistilgang etter dette tidspunktet, må påberope seg unntaksreglene i § 9-16.

2.4.3 Gjenstanden må bære informasjon om relevante faktiske omstendigheter

Det andre vilkåret er at dokumentene som kreves fremlagt, må være bærer av informasjon om relevante faktiske omstendigheter, jf. tvisteloven §§ 21-1, 21-5 og 21-7.⁵⁸ Dette kan også forankres i § 26-1 (1), som bestemmer at dokumentene må kunne «*ha betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken*». Hvilke faktiske omstendigheter som er relevante, må imidlertid avgjøres på grunnlag av anførselene i saken, jf. blant annet Rt. 2000 side 1656 og Rt. 2007 side 920. Det innebærer at retten i utgangspunktet må bygge på «*partenes pretensjoner om rettsreglene og øvrige anførsler*», jf. Rt. 2002 side 1563 på side 1565. Retten skal altså ikke foreta noen realitetsvurdering av anførselene i saken ved vurderingen av begjæringen om bevistilgang.

Siden fremleggelsesplikten er betinget av at dokumentene inneholder opplysninger om faktiske omstendigheter, kan det ikke kreves bevistilgang til materiale som belyser innholdet av rettsregler.⁵⁹ Dette har sammenheng med rettens ansvar for rettsanvendelsen etter § 11-3. Materiale til belysning av rettsregler er for eksempel juridiske betenkninger av en jussprofessor, i motsetning til for eksempel en takstmanns verdivurdering i en tvist om fast eiendom. Men dersom slike juridiske betenkninger inneholder opplysninger om relevante faktiske omstendigheter, kan det gis pålegg om bevistilgang.⁶⁰

⁵⁶ Ristvedt/Tørum (2015) side 120.

⁵⁷ Ristvedt/Tørum (2015) side 120.

⁵⁸ Rt. 2013 side 817 avsnitt 9, med henvisning til Skoghøy (2010) side 720.

⁵⁹ NOU B side 943.

⁶⁰ Skoghøy (2014) side 809.

Videre må det avgrenses mot begjæringer som innebærer å dokumentere den begjærende parts rettslige anførsel, dvs. et påstandsgrunnlag.⁶¹ I for eksempel en tvist om eiendomsgrenser kan ikke en part kreve at motparten skal dokumentere at det forelå en bindende avtale, men han kan kreve fremlagt avtaledokumentene som ble signert. I HR-2012-1004-F var det spørsmål om de ankende parter skulle pålegges «å dokumentere at det foreligger innleieforhold fra en produksjonsbedrift, jfr. aml § 14-13 eller fra en utleiebedrift, jfr. aml § 14-12.» Forberedende dommer i Høyesterett fant at dette var å anse som en begjæring om å dokumentere anke-motpartens rettslige anførsel, og ikke som krav om tilgang til noe realbevis.⁶² Dersom begjæringen hadde vært spesifisert til nærmere angitte dokumenter om innleieforholdet, altså realbevis, kunne begjæringen blitt godkjent.

Dersom det oppstår tvist om tilgang til bevisgjenstander kan retten «kreve gjenstanden fremlagt til avgjørelse av om den utgjør bevis», jf. § 26-7 (1). Det retten kan ta stilling til, er om gjenstanden skal avskjæres på grunn av manglende bevisverdi, jf. § 21-7 (1) og (2) bokstav b. Avskjæring ut fra en forholdsmessighetsvurdering må skje på grunnlag av § 26-5 (3) første punktum.⁶³

Det er nær sammenheng mellom spesifikasjonskravet og vilkåret om at dokumentene må bære informasjon om relevante faktiske omstendigheter. En rekke eldre avgjørelser fra Høyesterett gjelder såkalte «en bloc»-begjæringer om bevis tilgang, det vil si at parten krever tilgang til et ubestemt antall dokumenter. I disse sakene avsto kjæremålsutvalget begjæringene med den begrunnelse at det var en risiko for at flere av dokumentene ikke hadde noen bevisverdi, jf. blant annet Rt. 1962 side 367 og Rt. 1983 side 430. Denne risikoen har imidlertid Høyesterett lagt mindre vekt på i nyere rettspraksis under tvistemålsloven, som følge av en sterkere vektlegging av hensynet til å klarlegge de faktiske forholdene av betydning i saken. I Rt. 2004 side 442 avsnitt 29 uttalte kjæremålsutvalget følgende:

«Innledningsvis bemerkes at utvalget, i likhet med lagmannsretten, finner det klart at pålegget om fremleggelse omfatter dokumenter som kan være av betydning som bevis i saken. At det ikke nødvendigvis gjelder alle dokumenter som omfattes av pålegget, hindrer ikke fremleggelse, så lenge kravet til individualisering etter tvistemålsloven § 250, jf. § 253, er oppfylt.»

⁶¹ Schei mfl. (2013) side 955.

⁶² Avsnitt 9.

⁶³ Prp. side 468.

Uttalelsen viser at det ikke er nødvendig at alle dokumentene som kreves fremlagt, må kunne ha betydning som bevis. I så fall ville parten effektivt bli avskåret fra å innhente relevante bevis når ytterligere spesifisering ikke er mulig.

Konklusjonen er at relevanskriteriet i slike tilfeller gjelder dokumentgruppen som helhet, ikke det enkelte dokument. Dette står i en viss spenning til ordlyden i § 26-1 (1), som synes å forutsette at hvert dokument skal ha bevisverdi. Det åpner for at partene kan kreve større dokumentsamlinger i henhold til bevistilgangsreglene i §§ 26-5 og 26-6. Se nærmere i punkt 4.3 og 5.5.

Forholdet mellom spesifikasjonskravet og kravet om at dokumentet må være bærer av informasjon om relevante faktiske omstendigheter, er drøftet nærmere i punkt 4.2 og 4.3 om utviklingen av spesifikasjonskravet i rettspraksis.

2.4.4 Den som pålegget blir rettet mot, «har hånd om» bevisgjenstanden eller «kan skaffe den til veie», jf. tvisteloven § 26-5 (1)

Det tredje vilkåret er at den som pålegget blir rettet mot, «*har hånd om eller kan skaffe til veie*» bevisgjenstandene, jf. tvisteloven § 26-5 (1).

Det tilsvarende vilkåret i tvistemålsloven §§ 250 og 251 var at den som begjæringen var rettet mot, måtte ha beviset i sin «*besiddelse*». Vilkaåret var imidlertid ikke absolutt, noe Høyesterett fastslo i Rt. 1998 side 484. Kjøremålsutvalget uttalte at «[s]åfremt det er kurant for vedkommende og forbundet med små omkostninger å fremskaffe f.eks. kontoutskrift i sin bank, og dette utgjør bevis i saken, er det antatt at dette omfattes av fremleggelsesplikten», jf. side 486. Det nye uttrykket «*kan skaffe til veie*» i tvisteloven § 26-5 (1) er ment å innebære en viss oppmykning av vilkåret om rådighet og umiddelbar tilgang som fulgte av det tidligere besittelseskrauet.⁶⁴ Samtidig må oppmykningen ses i sammenheng med rettens adgang til å nekte bevistilgang dersom parten har «*tilnærmet samme mulighet for tilgang*» til beviset selv, jf. § 26-5 (3). Det er ikke nødvendig at motparten fremskaffer dokumentene dersom parten har samme mulighet til dette selv.

Paragraf 26-5 (1) gir ingen anvisning på hvilket beviskrav som gjelder når retten skal vurdere om en part eller tredjeperson har hånd om eller kan skaffe til veie et bevis. I Rt. 2012 side 410 avsnitt 24 kom Høyesteretts ankeutvalg til at retten ikke kan legge en parts pretensjon om besittelsen uprøvd til grunn. Utvalget uttalte i avsnitt 26 at den alminnelige hovedregelen i

⁶⁴ NOU B side 979.

sivile saker, kravet om sannsynlighetsovervekt, må gjelde også for vurderingen av om vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie beviset.

2.4.5 Opplysningene må ikke være omfattet av et bevisforbud eller bevisfritak

Det fjerde vilkåret for pålegg om bevis tilgang er at opplysningene ikke er omfattet av et bevisforbud eller bevisfritak, jf. tvisteloven § 21-5. Regler om bevisforbud og bevisfritak er gitt i lovens kapittel 22.

Et bevisforbud innebærer at det foreligger et forbud mot bevisførsel om det et vitne skal forklare seg om, eller forbud mot å legge frem en bevisgjenstand. Retten skal nekte slik bevisføring av eget tiltak. Et bevisfritak innebærer at en person selv kan velge å nekte å forklare seg eller utlevere en gjenstand. Begrunnelsen for at hovedregelen i § 21-3 (1) første punktum om fri bevisføring fravikes, er at hensynet til et riktig resultat av og til må vike for andre tungtveiende hensyn.⁶⁵ Det følger av § 21-5 at bevisforbud og bevisfritak kan begrense plikten til å gi tilgang til bevisgjenstander. Eksempelvis vil en part ikke ha plikt til å utlevere materiale som er omfattet av visse former for lovbestemt taushetsplikt, og han kan i henhold til § 22-10 nekte å gi materiale som vil røpe en forretnings- eller driftshemmelighet.

Dersom opplysningene er omfattet av et bevisforbud, er det opplysningenes karakter som avgjør rekkevidden av bevisforbudet.⁶⁶ Det innebærer at retten ikke kan kreve bevisgjenstanden utlevert uansett hvem som måtte ha hånd om den, og dette gjelder selv om den som besitter bevisgjenstanden er en part som kan samtykke i at bevisforbudet blir opphevet.⁶⁷

Hovedregelen er at man ikke kan oppheve et bevisforbud ved samtykke. For enkelte av bevisforbudene kan beviset likevel føres med samtykke fra offentlige myndigheter eller den som bevisforbudet skal verne, jf. blant annet § 22-3 (2) og § 22-5 (3). Det følger av Rt. 2004 side 1668 avsnitt 40–41 at når forbudet mot å føre betroelser overfor særlige yrkesutøvere kan oppheves mot at parten samtykker, og denne uten «*aktverdig grunn*» nekter, kan dette etter omstendighetene tillegges vekt ved rettens frie bevisvurdering. Dersom en part i et slikt tilfelle ikke har en aktverdig grunn, vil han sjelden ha interesse i å nekte å samtykke.⁶⁸

Når det foreligger en fritaksgrunn, er det den personen som pålegget blir rettet mot, som avgjør om fritaksgrunnen skal påberopes.⁶⁹ Dersom pålegget er rettet mot en part i saken, og han

⁶⁵ Robberstad (2012) side 246.

⁶⁶ Skoghøy (2014) side 815.

⁶⁷ Skoghøy (2014) side 815 med henvisning til en lang rekke høyesterettsavgjørelser.

⁶⁸ Skoghøy (2014) side 816.

⁶⁹ Skoghøy (2014) side 817.

påberoper bevisfritak uten aktverdig grunn, må dette kunne tillegges vekt ved rettens frie bevisvurdering. Det foreligger riktignok ingen avgjørelse som fastslår dette for bevisfritak. Det er likevel ingen hensyn som tilsier at Høyesterett skulle vurdere påberopelse av bevisfritak annerledes enn nektelse av samtykke ved bevisforbud.

Begrensningene som følger av reglene om bevisforbud og bevisfritak, er også av betydning for kravet til spesifisering, jf. punkt 4.2. I kjennelsene i Rt. 1962 side 367 og Rt. 1983 side 430 avslo som nevnt Høyesterett begjæringer om tilgang til ubestemte dokumentmengder med den begrunnelse at begjæringene kunne omfatte dokumenter som etter sitt innhold ikke kunne fremlegges. Partene måtte derfor spesifisere nærmere hvilke dokumenter de ønsket tilgang til, slik at retten kunne påse at dokumentene ikke var omfattet av et bevisfritak eller bevisforbud.

Paragraf 26-7 (2) inneholder nærmere saksbehandlingsregler for det tilfellet at begjæringen om bevis tilgang imøtegås med at det foreligger bevisforbud eller bevisfritak. Ordningen i denne bestemmelsen tilsier at en slik innsigelse ikke på samme måte som tidligere bør føre til at spesifikasjonskravet ikke er oppfylt. Hvis det ikke er praktisk mulig å spesifisere begjæringen ytterligere, kan parten gå glipp av relevant informasjon som ikke er underlagt bevisfritak eller bevisforbud. Det faller utenfor avhandlingen å behandle disse saksbehandlingsreglene nærmere.

2.4.6 Det må være forholdsmessig å gi bevis tilgang, jf. tvisteloven § 26-5 (3)

Det femte vilkåret er at «*kostnadene*» ved gjennomføringen av bevis tilgang må stå «*i rimelig forhold til tvisten og den mulige verdien av beviset ...*», jf. tvisteloven § 26-5 (3) første punktum. Dersom kostnadene er uforholdsmessige, kan retten nekte bevis tilgang etter § 26-5 første eller andre ledd. Forholdsmessighetskravet speiler tvistelovens grunnleggende forholdsmessighetsprinsipp, at «*saksbehandlingen og kostnadene [skal] stå i et rimelig forhold til sakens betydning*» i § 1-1 (2) fjerde strekpunkt. Det samme forholdsmessighetskravet er inntatt i de generelle reglene om bevisføring, jf. § 21-8, og retten kan nekte krav etter § 26-5 første og andre ledd etter denne bestemmelsen.⁷⁰ Tvistemålsutvalget så det imidlertid som formålstjenlig å innta forholdsmessighetskravet direkte i § 26-5.⁷¹ Kravet fulgte tidligere av rettspraksis, men ble lovfestet i tvisteloven.⁷²

Retten «*kan nekte bevis tilgang*» på grunnlag av forholdsmessighet. Vurderingen beror på skjønn. Retten må foreta en konkret vurdering av om kostnadene ved bevis tilgang vil stå i et rimelig forhold til tvisten og den mulige verdien av beviset. I Rt. 2013 side 817 var spørsmå-

⁷⁰ NOU B side 980.

⁷¹ NOU B side 980.

⁷² Monsen (2007) side 217.

let om et krav om bevis tilgang skulle avskjæres blant annet på grunnlag av forholdsmessighet. Høyesterett vurderte dette med utgangspunkt i § 21-8, men kunne også vurdert spørsmålet etter § 26-5 (3). Ankeutvalget uttalte i avsnitt 12 at retten skal ta hensyn til både «*tvistens økonomiske verdi, partenes behov for rettsavklaring, samt øvrige ideelle interesser partene kan ha i avgjørelsen*», i forholdsmessighetsvurderingen. Videre foretok Høyesterett en konkret vurdering av hvor byrdefullt og tidkrevende det ville være å fremlegge rapportene, jf. avsnitt 14. Dette er omstendigheter domstolene må vektlegge ved forholdsmessighetsvurderingen etter § 26-5 (3).

I større økonomiske tvister vil kostnadene ved å gjennomgå og fremlegge store mengder dokumentasjon sjelden stå i misforhold til den mulige verdien av beviset.⁷³ Jo større verdier partene tvister om, jo større mengder dokumenter skal til for å avskjære bevis tilgang som uforholdsmessig.⁷⁴

Det følger av forarbeidene at retten må ta i betraktning om kravet er rettet mot motparten eller mot en tredjeperson.⁷⁵ Det må stilles strengere krav om medvirkning til opplysning av saken til sakens parter enn til tredjepersoner. Uforholdsmessighet i bevis tilgangskravet overfor en tredjeperson kan imidlertid avbøtes ved at parten forskutterer utgiftene til å gjennomføre bevis tilgangen, jf. § 26-5 (3) andre punktum.

I Rt. 2012 side 1440, som drøftes nærmere i punkt 5.4, uttalte Høyesteretts ankeutvalg at et fremleggelsespålegg som vil komme i strid med § 26-5 (3), kan avhjelpes ved at partens advokat går gjennom motpartens arkiv. Saken gjaldt bevis som kunne finnes i motpartens brevarkiv. Avgjørelsen viser at en part kan avbøte uforholdsmessighet ved en omfattende begjæring om bevis tilgang ved at hans advokat sorterer ut det som er relevante bevis. Retten må imidlertid ha med i vurderingen at en slik gjennomgang kan støte an mot bevisforbud eller bevisfritak.

Den andre avgrensningen i § 26-5 (3) første punktum må sies å være temmelig opplagt. Det er ikke behov for bevis tilgang dersom parten har «*tilnærmet samme mulighet for tilgang*» selv. I slike tilfeller skal ikke en part kunne kreve at motparten skal gjøre jobben med å fremskaffe bevisene. Eksempelvis vil som regel begge parter ha samme tilgang til de e-poster som er sendt mellom dem.

⁷³ NOU B side 980.

⁷⁴ Ristvedt/Tørum (2015) side 124.

⁷⁵ NOU B side 980 og prp. side 467.

Begrensningene som følger av forholdsmessighetskravet, har i utgangspunktet ingen betydning for anvendelsen av spesifikasjonskravet. Vurderingen av spesifikasjonskravet og forholdsmessighetsvurderingen er to prinsipielt forskjellige vurderinger.⁷⁶ Spesifikasjonskravet kan være oppfylt selv om begjæringen dreier seg om en stor dokumentmengde, jf. for eksempel Rt. 2004 side 442, som gjennomgås i punkt 4.3 og 5.5.3. Hvis spesifikasjonskravet først er oppfylt, men begjæringen gjelder en omfattende dokumentmengde, må dette vurderes opp mot forholdsmessighetssranken i § 26-5 (3).

2.4.7 Spesifikasjonskravet, jf. tvisteloven § 26-6 (1)

Det siste vilkåret, som er det sentrale i avhandlingen, er kravet om at begjæringen om bevis-tilgang «*skal spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder*», jf. tvisteloven § 26-6 (1). Dette vilkåret gjennomgås nedenfor i punkt 3–6.

⁷⁶ Ristvedt/Tørum (2015) side 156.

3 Generelt om spesifikasjonskravet

3.1 Bakgrunnen for spesifikasjonskravet

I henhold til tvisteloven § 26-6 (1) skal begjæringer om tilgang til eller spørsmål om realbevis spesifiseres slik at det er «klart» hvilke bevisgjenstander kravet gjelder.

I tvistemålsloven §§ 250 flg. var det ikke oppstilt et uttrykkelig krav om spesifisering. Spesifikasjonskravet ble imidlertid utledet og utviklet av Høyesterett med forankring i § 253 første ledd, jf. § 250. Begrunnelsen for at retten oppstilte et slikt krav, var todelt: Dels skulle motparten kunne vite hva som ble begjært fremlagt, dels skulle retten skal ha grunnlag for å vurdere om dokumentet kunne inneholde noe som kunne tjene som bevis.⁷⁷ Disse formålene, samt de grunnleggende hensynene bak bevisilgangsreglene, jf. punkt 2.2, skal spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6 (1) ivareta.

Den spesifiserte begjæringen skal gi motparten eller den som fremleggelseskravet er rettet mot, tilstrekkelig grunnlag for å vite hvilket eller hvilke dokumenter som kreves fremlagt.⁷⁸ Begjæringen skal gjøre det forholdsvis enkelt for ham å finne frem til de relevante dokumentene. Spesifikasjonskravet skal gjøre bevisilgangsreglene prosessøkonomisk gunstige ved at det skal spare parten tid og penger ved overholdelse av rettens pålegg. Dette er i overensstemmelse med tvistelovens målsetning om å gjøre den sivile rettergangen rask og effektiv, jf. tvisteloven § 1-1 (1).⁷⁹ Dersom retten pålegger bevisilgang til tross for uklar spesifisering, vil det for den kravet retter seg mot, kunne oppstå tolkningstvil om hva bevisilgangskravet omfatter.⁸⁰ Dette kan føre til at feil dokumenter utleveres, eller at motparten påstår at slike dokumenter ikke finnes. Dessuten har det betydning for motparten at han vet hvilke dokumenter han skal fremlegge. Som nevnt kan manglende etterlevelse av pålegget tillegges vekt ved den frie bevisvurderingen, jf. punkt 2.4.1. Jo mer spesifisert begjæringen er, jo enklere er det for vedkommende å fremlegge dokumentene.

Videre skal spesifikasjonskravet sikre retten grunnlag for å vurdere om dokumentet er av en slik karakter at det kan pålegges fremlagt.⁸¹ Begjæringen vil utgjøre rettens grunnlag for vurderingen av om dokumentet omfatter faktiske omstendigheter som kan tjene som bevis i saken, jf. punkt 2.4.3. Det er dermed nødvendig at dokumentet spesifiseres for at retten skal kunne avgjøre dette. Spesifikasjonskravet er også viktig for at retten skal kunne ta stilling til

⁷⁷ Rt. 2007 side 920 avsnitt 39.

⁷⁸ Schei mfl. (2013) side 955.

⁷⁹ NOU A side 116.

⁸⁰ Astrup Hjort (2015) side 118.

⁸¹ Skoghøy (2014) side 812.

om motparten har hånd om eller kan fremskaffe dokumentene, og for vurderingen av om dokumentene omfattes av bevisforbud eller bevisfritak.

Dersom en begjæring ikke er tilstrekkelig spesifisert, kan det mistenkes at den begjærende part forsøker å tilegne seg dokumenter som han kan benytte i andre sammenhenger, og som er uten betydning for å avgjøre tvisten.⁸² I forarbeidene til reglene om bevissikring i tvisteloven kapittel 28, et beslektet område med bevistilgangsreglene etter kapittel 26, påpekes det at bevissikringsreglene ikke skal legge til rette «for å kikke motparten i kortene».⁸³ Heller ikke bevistilgangsreglene bør åpne for dette, og spesifikasjonskravet bidrar til å hindre slik misbruk av reglene.

I punkt 3.2 blir lovgivers retningslinjer for spesifikasjonskravet i lovtekst og forarbeider gjennomgått. Rettspraksis, den sentrale kilden for fastlegging av spesifikasjonskravet, analyseres og drøftes i punkt 4 og 5.

3.2 Retningslinjer i lov og forarbeider

Etter tvisteloven § 26-6 (1) skal begjæringen «*spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjensstander kravet gjelder.*» Det skal altså fremstå «*klart*» av begjæringen hvilke bevisgjensstander parten vil ha fremlagt. Dette bygger på hensynet til at motparten eller tredjepersoner skal vite hvilket eller hvilke dokumenter som kreves fremlagt. Ordlyden gir ikke ytterligere veiledning. Lovgiver har altså ikke gitt nærmere retningslinjer i lovteksten for hvordan bestemte typetilfeller av dokumenter, eksempelvis kontoutskrifter eller styreprotokoller, skal spesifiseres.

Også forarbeidene til tvisteloven gir begrenset veiledning om innholdet i spesifikasjonskravet.⁸⁴ Tvistemålsutvalget la til grunn at en begjæring om bevistilgang «*må gjelde bestemt angitte dokumenter*».⁸⁵ Ifølge utvalget kan det eksempelvis ikke kreves fremlagt «*all korrespondanse mellom en part og en tredjeperson*».⁸⁶ Slike begjæringer skal avslås, med mindre de spesifiseres nærmere med tema, tidsrom og lignende, jf. punkt 5.5.2. Utover dette gis det ingen klare momenter eller retningslinjer for vurdering av spesifikasjonskravet. Det angis heller ikke typetilfeller som anses å oppfylle vilkårene i § 26-6 (1).

⁸² Astrup Hjort (2015) side 118.

⁸³ NOU B side 988.

⁸⁴ NOU B side 980–981 og prp. side 204 og 467–468.

⁸⁵ NOU B side 980.

⁸⁶ NOU B side 980.

Tvistemålsutvalget uttalte at individualiseringskravet etter tvistemålsloven § 253 opprinnelig har vært tolket strengt i praksis.⁸⁷ Det skjedde imidlertid en oppmykning i rettspraksis omkring tusenårsskiftet ved at vilkåret skulle ses i lys av hvilken «*mulighet for individualisering som foreligger slik at individualiseringskravet ikke i urimelig grad blir til hinder for en korrekt opplysning av saken*».⁸⁸ Etter utvalgets oppfatning skal spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6 (1) forstås i samsvar med denne «*nyere – noe mer imøtekommende – rettspraksis*».⁸⁹ Departementet sluttet seg til Tvistemålsutvalgets syn.⁹⁰ Når hensikten har vært å videreføre det oppmykede individualiseringskravet, er det nødvendig å analysere rettspraksis fra tvistemålslovens tid for å kartlegge hvilke begjæringer som aksepteres, og hvorfor.

I sin doktoravhandling gir Astrup Hjort uttrykk for at rettspraksis etter tvistemålsloven i liten grad er relevant for tolkningen av spesifikasjonskravet.⁹¹ Standpunktet begrunnes med at kravet er lempet, og hun henviser til uttalelser i NOU-en og proposisjonen.⁹² Etter mitt syn er det imidlertid et vesentlig poeng at disse forarbeidsuttalelsene gjelder lepningsregelen § 26-6 (2), ikke spesifikasjonskravet.⁹³ Uttalelsene gjelder hvordan lepningsregelen vil bidra til en større grad av dokumentinnsyn etter tvisteloven enn etter tvistemålsloven, og hvordan lepningsregelen skal tolkes. Mæland, Schei mfl. og Skoghøy legger til grunn de klare uttalelsene i forarbeidene om at spesifikasjonskravet skal vurderes i tråd med senere års rettspraksis etter tvistemålsloven.⁹⁴ Den samme tilnærmingen legges til grunn i denne avhandlingen.

⁸⁷ NOU B side 980.

⁸⁸ NOU B side 980.

⁸⁹ NOU B side 980.

⁹⁰ Prp. side 467.

⁹¹ Astrup Hjort (2015) side 118.

⁹² NOU A side 465, NOU B side 977 og prp. side 204 og 467–468. Jf. punkt 5.2.2 nedenfor.

⁹³ Slik også Ristvedt/Tørum (2015) side 142–143.

⁹⁴ Mæland (2013) side 188, Schei mfl. (2013) side 955 og Skoghøy (2014) side 811.

4 Rettspraksis om spesifikasjonskravet etter tvistemålsloven

4.1 Innledning

Spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6 (1) skal anvendes slik individualiseringskravet i tvistemålsloven § 253 ble forstått i nyere rettspraksis. Kravet ble tolket strengt frem til rundt 1990. Utviklingen i rettspraksis har senere gått i retning av en mer liberal anvendelse av vilkåret, slik at terskelen for tilstrekkelig spesifikasjon er blitt lavere. Foreløpig foreligger det få avgjørelser fra Høyesterett om anvendelsen av tvisteloven § 26-6. Det gjør det nødvendig med en analyse av eldre høyesterettspraksis for å fastlegge innholdet av gjeldende rett.

I punkt 4.2 og 4.3 gis det en overordnet presentasjon av rettsutviklingen – fra et strengt til et oppmyket spesifikasjonskrav. I punkt 5 vil det redegjøres for rettsstillingen etter tvisteloven på bakgrunn av videreføringen av rettspraksis etter tvistemålsloven, innføringen av nyvinningene i §§ 26-5 (2) og 26-6 (2) og den sparsommelige rettspraksisen etter tvisteloven. I tillegg vil rettspraksis – særlig avgjørelser som gjennomgås i punkt 4.3 – bli analysert med sikte på å utlede hvilke momenter Høyesterett vektlegger i tolkningen av spesifikasjonskravet i bestemte typetilfeller. Til slutt vil det hele oppsummeres i punkt 6.

4.2 Perioden 1936–1992 – et strengt spesifikasjonskrav

I perioden fra 1930-tallet og frem til 1990-tallet ble spesifikasjonskravet konsekvent tolket strengt av Høyesterett.

En sentral avgjørelse om individualiseringskravet i tvistemålsloven § 253 er inntatt i **Rt. 1936 side 977**. Saken gjaldt fremleggelse av den ene parts «ensidige optegnelser og brevveksling med utenforstaaende tredjemenn i den utstrekning parten selv finner at dokumentene vedkommer det eller de forhold saken gjelder» (side 978). Begjæringen gjaldt således et ubestemt antall dokumenter. Høyesteretts kjæremålsutvalg slo fast at tvistemålsloven §§ 250 flg. tydelig forutsetter at en begjæring må omhandle «bestemt angitte dokumenter». Det var feil lov-anvendelse av lagmannsretten å legge til grunn at retten kunne gi et generelt pålegg om fremleggelse av all korrespondanse mellom motparten og tredjepersoner. Ved slike begjæring er dokumentene ikke bestemt angitt eller tilstrekkelig individualisert.

I **Rt. 1962 side 188** var spørsmålet om arkitekt Eugen Nielsens begjæring om å få fremlagt eller stilt til disposisjon «det arkivomslag i Erstatningsdirektoratet (nå Justisdepartementet) som vedkommer ham ...», skulle aksepteres av retten (side 188). Nielsens begjæring var begrenset til Erstatningsdirektoratets saksmappe om ham selv. Høyesteretts kjæremålsutvalg avslo begjæringen med samme begrunnelse som i Rt. 1936 side 977: Den prosessuelle fremleggesplikten er begrenset til «bestemt angitte dokumenter, ikke om fremleggelse en bloc av en uspesifisert dokumentsamling» (side 188). Begjæringen var mer konkret enn den i 1936-avgjørelsen: Nielsen hadde ikke begjært fremlagt all korrespondanse mellom direktoratet og

ham. Begjæringen ivaretok både hensynet til at retten skulle kunne vurdere bevisverdien, og til at Erstatningsdirektoratet skulle kunne vite hva det skulle fremlegge. Dermed synes denne avgjørelsen å være strengere enn 1936-avgjørelsen i anvendelsen av individualiseringskravet. Kjennelsen kan ikke sies å være i overensstemmelse med senere avgjørelser av kjæremålsutvalget, eksempelvis Rt. 1998 side 583, jf. nedenfor.

I **Rt. 1962 side 367** var spørsmålet om A/S Apotekernes Fællesindkjøb kunne pålegges å fremlegge alt det skriftlige materialet som var sendt fra selskapet til høyesterettsadvokat Ragnar Christophersen i forbindelse med en erstatningssak mellom selskapet og staten. Begjæringen var dermed et krav om fremleggelse av alle dokumenter i en korrespondanse mellom motparten og en tredjepart. Høyesteretts kjæremålsutvalg tok ikke begjæringen til følge. Kjæremålsutvalgets begrunnelse (på side 367) var at kravet gjaldt et «*ubestemt antall dokumenter*», og det var snakk om en «*kollektivbetegnelse*» som innebar at alle dokumenter innenfor denne rammen skulle fremlegges – uten hensyn til om det enkelte dokument hadde noen bevisverdi eller skulle unntas som følge av bevisfritak eller bevisforbud. Dette kunne ikke aksepteres. Kjæremålsutvalget vurderte ikke mulighetene for å foreta en nærmere individualisering, noe som er blitt et moment ved vurderingen av spesifikasjonskravet i henhold til nyere rettspraksis.

I **Rt. 1971 side 412** begjærte arkitekt Geir Grung fremlagt fra Oslo kommune opplysninger om:

- «1. hvor mange bruksendringstillatelser som var gitt i løpet av de siste 10 år med angivelse av hvilke eiendommer det dreiet seg om, og
2. i hvilken utstrekning det var gitt bruksendringstillatelse for ca. 60 eiendommer som var nevnt i et av saksøkernes prosesskrifter» (side 412).

Hensikten med opplysningene var å få belyst om det forelå forskjellsbehandling av Grung. Høyesteretts kjæremålsutvalg støttet byretten og lagmannsrettens lovtolkning om at dette ikke var tilstrekkelig individualisert. Ifølge Schei skulle begjæringen vært godkjent dersom det var krevd fremlagt bruksendringstillatelser for et mindre antall konkret spesifiserte eiendommer.⁹⁵ I et slikt tilfelle ville det vært klart for retten at dokumentene var relevante, og motparten, kommunen, ville forstått hva som skulle fremlegges. Arkitekt Grungs begjæring ser ut som et krav om at kommunen skulle utarbeide en oversikt over bruksendringstillatelsene. Kravet gjaldt opplysninger, og ikke skriftlige bevis. Slike krav – at noen skal utarbeide oppstillinger

⁹⁵ Schei mfl. (2013) side 956.

eller sammendrag – hadde man ingen rett til etter tvistemålsloven.⁹⁶ I tvisteloven er det åpnet for at dette kan pålegges etter § 26-5 (2) andre punktum.

På samme måte som i Rt. 1936 side 977 og Rt. 1962 side 367 gjaldt begjæringen i **Rt. 1983 side 430** samtlige dokumenter som to advokater hadde om sin klient. Begjæringen oppfylte ikke spesifikasjonskravet. Flertallet i Høyesteretts kjæremålsutvalg tok ikke begjæringen til følge med en lignende begrunnelse som i Rt. 1962 side 367. Selv om saksforholdene var ulike og gjaldt forskjellige typer dokumenter, ser man at kjæremålsutvalget avslo begjæringene i begge saker med den begrunnelse at dokumentmassen kunne inneholde deler uten bevisverdi og deler som etter sitt innhold ikke kunne kreves fremlagt.

Heller ikke i **Rt. 1990 side 1034** tillot Høyesteretts kjæremålsutvalg et krav om tilgang til et ubestemt antall dokumenter, altså en «en bloc»-fremleggelse. Norsk Undervannsteknikk A/S begjærte tilgang til Seaworks regnskap for 1986 og 1987, inkludert samtlige bilag og dokumenter. Kjæremålsutvalget viste til at det vesentligste av regnskapsmaterialet ville være uten betydning som bevis og dermed ikke oppfylle dette vilkåret for bevis tilgang, jf. punkt 2.4.3. Videre viste utvalget til at Norsk Undervannsteknikk kunne knyttet fremleggelseskravet til nærmere utgiftsposter i regnskapet. I så fall ville individualiseringskravet vært oppfylt. Her ser man at Høyesterett la vekt på muligheten til å spesifisere kravet nærmere, og i hvilken grad man kunne forvente at regnskapet ville utgjøre bevis i saken.⁹⁷

Gjennomgangen viser at Høyesterett frem til 1990-tallet holdt fast ved at det var nødvendig å spesifisere de enkelte dokumentene som ble krevd fremlagt. Begjæringen måtte angi «*ett eller flere bestemt angitte dokumenter*», jf. Rt. 1962 side 367. Det betød at begjæringer om større dokumentmengder ikke kunne godtas, med mindre de var bestemt angitt. En viktig del av begrunnelsen var at større dokumentmengder kunne inneholde dokumenter uten bevisverdi. Dette hindret at parten i det hele tatt fikk utlevert noen dokumenter. Den etterfølgende perioden, 1992–2008, skulle innebære en langt mer løsningsorientert og fleksibel anvendelse av spesifikasjonskravet.

4.3 Perioden 1992–2008 – en betydelig modifikasjon av spesifikasjonskravet

I **Rt. 1992 side 962** ble Høyesterett forelagt en lignende begjæring som i Rt. 1990 side 1034. I denne saken krevde Peder Smedvig AS at motparten skulle legge frem regnskapene fra stiftelse i 1986 til og med regnskapsåret 1989. Kjæremålsutvalget konkluderte med at alle regnska-

⁹⁶ NOU B side 979.

⁹⁷ Schei mfl. (2013) side 957.

pene var mulige bevis i saken, og var enig med byretten og lagmannsretten i at spesifikasjonskravet var oppfylt. Utvalget begrunnet forskjellen i resultat fra 1990-avgjørelsen med at faktum var forskjellig i de to sakene. I 1990-avgjørelsen var det av stor betydning at motparten hadde sagt seg villig til å la den begjærende part få innsyn i regnskapene ved at denne parten skulle oppnevne en revisor til å gjennomgå regnskapene med bilag på deres kontor. I tillegg mente kjæremålsutvalget i 1990-avgjørelsen at det øvrige regnskapsmaterialet ikke var av bevismessig interesse i saken. Dermed kunne fremleggelseskravet aksepteres i Rt. 1992 side 962, uten at det stred med resultatet i saken fra to år tidligere.

Kjæremålsutvalget ga på side 965 sin tilslutning til lagmannsrettens uttalelse om at «*kravet til individualisering ikke [må] stilles så høyt at det i urimelig grad vil være til hinder for en korrekt opplysning av saken*». Videre var kjæremålsutvalget enig med lagmannsretten i at retten ved anvendelsen av spesifikasjonskravet «*må legge vekt på om en nærmere konkretisering er mulig og i hvilken grad man kan forvente at regnskapet skal utgjøre bevis i saken*» (side 965). Disse momentene har Høyesterett vektlagt i en rekke senere avgjørelser, blant annet Rt. 1998 side 58,⁹⁸ Rt. 2004 side 442 avsnitt 30 og Rt. 2007 side 920 avsnitt 65. Spesifikasjonskravet skal altså vurderes i lys av mulighetene for å konkretisere fremleggelseskravet nærmere. Rt. 1992 side 962 var starten på utviklingen fra et strengt til et betydelig modifisert individualiseringskrav.⁹⁹ Momentene kjæremålsutvalget vektla, er tilnærmet like de vilkår som må være oppfylt for at retten skal kunne lempe kravet til spesifikasjon etter tvisteloven § 26-6 (2). Det er et spørsmål om denne bestemmelsen medfører at momentene ikke lenger kan anvendes ved vurderingen av spesifikasjonskravet, jf. punkt 5.2.3.

En videre oppmykning av individualiseringskravet er å spore i **Rt. 1997 side 736**. Som nevnt uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1990 side 1034 at regnskapene ville inneholde en del som ikke kunne tjene som bevis i saken, og kravet om «en bloc» fremleggelse for en angitt tidsperiode ble derfor avslått. I Rt. 1997 side 736 la imidlertid kjæremålsutvalget til grunn følgende: «*Det forhold at regnskapet vil inneholde opplysninger ut over det som er relevant for bevisføringen, kan ikke i seg selv være til hinder for [pålegg om fremleggelse]*» (side 738). Utvalget fastslo at ikke alle dokumenter innenfor en dokumentmasse må ha betydning som bevis i saken. Dette er fulgt opp i en rekke senere avgjørelser, blant annet Rt. 2004 side 442, jf. punkt 2.4.3. Dermed er det grunnlag for å si at det har skjedd en betydelig oppmykning siden 1990-avgjørelsen. Resultatet ble et delvis pålegg ved at motparten måtte fremlegge deler av regnskapene. Øvrige deler av regnskapene og dokumentene ble avskåret fordi den begjærende parten ikke hadde redegjort godt nok for hvordan disse kunne tjene som bevis i saken.

⁹⁸ Jf. punkt 5.5.4.

⁹⁹ Skoghøy (2014) side 812.

Rt. 1998 side 583 er også et eksempel på at individualiseringskravet var under oppmykning i de siste 15 årene av tvistemålslovens funksjonstid. Avgjørelsen gjaldt et fremleggelseskrav i en sak mellom kjøper og selger av en fast eiendom, hvor kjøperen hevdet at selgeren hadde gitt uriktige opplysninger om eiendommens utleiemuligheter. Fremleggelseskravet var fremsatt overfor eiendomsmegleren som hadde organisert salget, og bevistilgangen gjaldt «saksmappen» vedrørende salget. Høyesteretts kjæremålsutvalg godtok fremleggelseskravet. Det ble imidlertid forutsatt at saksmappen skulle sendes inn til retten for at retten skulle plukke ut dokumentene som utgjorde bevis i saken, jf. nå tvisteloven § 26-7 (1).¹⁰⁰ Avgjørelsen står i slående kontrast til Rt. 1962 side 188, hvor kjæremålsutvalget altså nektet bevistilgang til en persons saksmappe hos Erstatningsdirektoratet med den begrunnelse at det var en «en bloc» fremleggelse som var for uspesifisert. 1962-avgjørelsen er vanskelig å forene med nyere praksis og ville neppe fått samme resultat i dag.¹⁰¹

I **Rt. 2004 side 442**, If-saken, ble forsikringsselskapet If pålagt å fremlegge *«det selskapet har av dokumenter i andre skadesaker eller meldte krav under advokatforsikringen som gjelder advokat A, og som gjelder spørsmål om investerings- eller finansieringsrådgivning eller andre oppdrag i slik forbindelse»*. Kjæremålsutvalget fastslo et vurderingstema som siden er blitt hyppig brukt i praksis: *«Utvalget finner det klart at pålegget – hvis dokumentene finnes – ikke kan skape nevneverdig tvil om hvilke dokumenter det dreier seg om ...»*, jf. avsnitt 31. Med dette kunne retten pålegge fremleggelse av et ubestemt antall dokumenter – avgrensningen av temaet ville veilede motparten tilstrekkelig.

I **Rt. 2004 side 1467** formulerte Høyesterett et lignende vurderingstema for spesifikasjonskravet i en sak hvor fremleggelseskravet gjaldt e-postkorrespondanse. Ifølge Høyesterett måtte dokumentbevisene som krevdes fremlagt, være *«spesifisert på en slik måte at det er rimelig klart hvilket eller hvilke dokumenter det siktes til»*, jf. avsnitt 23. Det er vanskelig å se at det ligger noe annet i dette positivt angitte vurderingstemaet enn den negative formuleringen – *«ikke kan skape nevneverdig tvil»* – fra If-saken.

Formuleringen fra If-saken ble fulgt opp i **Rt. 2007 side 920**, Scancem-saken, angående et lignende fremleggelseskrav som i If-saken. If- og Scancem-avgjørelsene viser at det ikke lenger er nødvendig at en bevisbegjæring må omfatte *«bestemt angitte dokumenter»*, sml. Rt 1936 side 977. Avgjørelsene viser at det nå er tilstrekkelig å angi temaet og hvilken sammenheng dokumentet ble til i, på en slik måte at det er rimelig klart hvilket eller hvilke dokumen-

¹⁰⁰ Schei mfl. (2013) side 956.

¹⁰¹ Ristvedt/Tørum (2015) side 141.

ter det siktes til.¹⁰² I begge avgjørelsene ble det også vist til at spesifikasjonskravet må ses i lys av muligheten for å foreta en nærmere individualisering. Rt. 2004 side 442, Rt. 2004 side 1467 og Rt. 2007 side 920 gjennomgås nærmere i punkt 5.5.3–5.5.5.

Gjennomgangen viser utviklingen av en mer liberal tolkning av spesifikasjonskravet de siste årene av tvistemålslovens funksjonstid, slik også Tvistemålsutvalget observerte i sin utredning. Høyesterett gikk fra et strengt krav om at begjæringen må gjelde «*ett eller flere bestemt angitte dokumenter*», jf. Rt. 1962 side 367, til å kreve at det ikke må være «*nevneverdig tvil om*» (negativt formulert), alternativt fremstå «*rimelig klart*» (positivt formulert), hvilke dokumenter begjæringen gjelder. Dette må avgjøres konkret i den enkelte sak. I tillegg skal det vektlegges hvilke faktiske muligheter parten har for å spesifisere begjæringen ytterligere, jf. Rt. 1992 side 962, Rt. 2004 side 442 og Rt. 2007 side 920.

Utviklingen betød at større dokumentmengder kunne kreves fremlagt. Det var heller ikke til hinder for fremleggelse at enkelte dokumenter innenfor en dokumentmasse manglet bevisverdi, jf. Rt. 1997 side 736.

Ifølge forarbeidene til tvisteloven skal den mer liberale rettspraksisen fra perioden 1992–2008 legges til grunn ved anvendelsen av spesifikasjonskravet i § 26-6 (1).¹⁰³

¹⁰² Mæland (2013) side 188–189.

¹⁰³ NOU B side 980 og prp. side 467.

5 Rettstilstanden etter tvisteloven

5.1 Innledning

Som nevnt i punkt 3.2 har lovgiver forutsatt at nyere rettspraksis etter tvistemålsloven skal legges til grunn ved tolkningen av spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6 (1). Denne rettspraksisen er retningsgivende ved vurderingen av om en begjæring er spesifisert slik at det er «klart» hvilke dokumenter den gjelder.

Ved tvistelovens ikrafttredelse ble det samtidig innført to nyvinninger blant bevistilgangsreglene i §§ 26-5 (2) og 26-6 (2). Disse reglene skal åpne for en noe større grad av dokumentinnsyn enn det som fulgte av tvistemålslovens regler.¹⁰⁴ Det nødvendiggjør en gjennomgang av disse reglene samt en vurdering av hvilken betydning reglene har for tolkningen av spesifikasjonskravet. Disse forholdene legger føringer for det videre opplegget i avhandlingen.

Betydningen av lempningsadgangen i § 26-6 (2) for tolkningen av spesifikasjonskravet og rettspraksis etter tvistemålsloven drøftes i punkt 5.2. I punkt 5.3 vil betydningen av spørsmålsadgangen i § 26-5 (2) gjennomgås. I punkt 5.4 behandles rettspraksis fra tvistelovens tid for å vurdere om har skjedd en endring i forståelsen av spesifikasjonskravet, og om nyvinningene i §§ 26-5 (2) og 26-6 (2) eventuelt har bidratt til dette. Typetilfeller av begjæringer og retningslinjer for tolkningen vil bli gjennomgått i punkt 5.5.

5.2 Betydning av lempningsadgangen etter tvisteloven § 26-6 (2)

5.2.1 Innledning

Med tvisteloven ble det innført en ny regel om lempning i tvisteloven § 26-6 (2), samt at forholdsmessighetskravet ble lovfestet i § 26-5 (3). I juridisk litteratur er det stilt spørsmål om hvilken betydning disse bestemmelsene har for tolkningen av spesifikasjonskravet og rettspraksis om individualiseringskravet fra tvistemålsloven.¹⁰⁵ Det første spørsmålet er om innføringen av lempningsadgangen i § 26-6 (2) medfører at to av momentene fra rettspraksis under tvistemålsloven ikke lenger kan anvendes ved vurderingen av spesifikasjonskravet etter første ledd, jf. punkt 5.2.3. Det andre spørsmålet er om lempningsadgangen og forholdsmessighetsvurderingen i § 26-5 (3) medfører at spesifikasjonskravet blir utvannet og mister sin praktiske betydning, jf. punkt 5.2.4. Det er nødvendig å redegjøre for det materielle innholdet i § 26-6 (2) for å kunne drøfte disse spørsmålene.

5.2.2 Kort om lempningsadgangen i tvisteloven § 26-6 (2)

Tvisteloven § 26-6 (2) gir retten kompetanse til lempe på spesifikasjonskravet:

¹⁰⁴ Prp. side 465.

¹⁰⁵ Astrup Hjort (2015) side 118–121, Monsen (2007) side 210–218 og Ristvedt/Tørum (2015) side 138–163.

«Retten kan lempe på kravet til spesifikasjon dersom dette er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis.»

Bestemmelsen skal legge til rette for en forsvarlig opplysning av saken, men åpner altså ikke for et prinsipp om discovery/disclosure i norsk sivilprosess.¹⁰⁶ Den skjønnsmessige lempningsadgangen medfører at tvisteloven skal legge til rette for *«en noe større grad av dokumentinnsyn enn det som følger av dagens regler»*.¹⁰⁷ Det legges til grunn i forarbeidene at lempningsregelen i andre ledd ikke skal anvendes før det er avgjort at spesifikasjonskravet etter første ledd ikke er oppfylt.¹⁰⁸

Det første vilkåret for lempning etter § 26-6 (2) er at det er *«uforholdsmessig vanskelig å etterkomme»* spesifikasjonskravet i første ledd. Vilket inkluderer tilfeller hvor det er umulig å etterkomme spesifikasjonskravet, men det er ikke noe krav om umulighet.¹⁰⁹ Vurderingen av om det vil være *«uforholdsmessig vanskelig»* å oppfylle spesifikasjonskravet, må gjøres på grunnlag av de konkrete omstendighetene i saken. I henhold til forarbeidene må parten gi en så nøyaktig beskrivelse som det etter forholdene er mulig å kreve.¹¹⁰ Dessuten *«forutsetter [lempning] at parten spesifiserer beviset så langt som mulig»*.¹¹¹ For å kunne spesifisere beviset så langt som mulig kan det være nødvendig at retten henviser parten til å stille spørsmål om bevisene etter § 26-5 (2) første punktum, jf. punkt 5.3.¹¹²

Et spørsmål er om det kan kreves at den som begjærer bevistilgang, først skal ha uttømt retten til å stille spørsmål før spesifikasjonskravet skal anses å være *«uforholdsmessig vanskelig å etterkomme»*. Det er vanskelig å innfortolke et slikt absolutt krav i loven. Samtidig vil det kunne være et tungtveiende moment ut fra de nærmere omstendighetene i saken, for eksempel dersom det er rimelig klart at spesifikasjonskravet vil kunne oppfylles om parten stiller noen avklaringsspørsmål.¹¹³ På den annen side bør det ikke være utslagsgivende om spørsmålsadgangen er anvendt, dersom bevisbegjæringen gjelder sentrale bevis.¹¹⁴ Det blir altså opp til

¹⁰⁶ Jf. prp. side 467–468 og NOU B side 980, jf. punkt 2.2.

¹⁰⁷ NOU A side 465.

¹⁰⁸ NOU B side 980.

¹⁰⁹ NOU B side 980.

¹¹⁰ NOU B side 980.

¹¹¹ Prp. side 468.

¹¹² NOU B side 981.

¹¹³ Ristvedt/Tørum side 147–148.

¹¹⁴ Ristvedt/Tørum side 148.

retten å vurdere betydningen av ubenyttet spørsmålsadgang i forholdsmessighetsvurderingen i den konkrete sak.

Det andre vilkåret for lempning er at det er en «*nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis*». Dette er et upresist vurderingstema som kan være svært vanskelig å bedømme for retten.¹¹⁵ Det kan stilles spørsmål ved om loven gir anvisning på et beviskrav. Formålsbetraktninger vil i så fall kunne tilsi at det kreves en høyere terskel enn sannsynlighetsovervekt for å oppfylle vilkåret, ettersom det allerede ligger et krav til sannsynlighetsovervekt for bevisverdi i relevanskriteriet, jf. punkt 2.4.3. Forarbeidene gir imidlertid ikke nærmere veiledning om begrepet «*nærliggende mulighet*». Ifølge Tvistemålsutvalget er det sentrale uansett om «*det fremstår som urimelig hensett til tvisten å nekte tilgang til det materialet kravet om bevistilgang gjelder*».¹¹⁶ Dette innebærer at retten i realiteten må foreta en bred rimelighetsvurdering av begjæringen og muligheten for at den skal klargjøre de faktiske forhold i saken. Retten er således gitt en vid skjønnsmyndighet ved avgjørelsen av lempningsspørsmålet.¹¹⁷

Forholdsmessighetsvurderingen i § 26-5 (3) kommer inn som en begrensning også når et fremleggelsespålegg forankres i § 26-6 (2).¹¹⁸ Retten vil kunne vurdere kostnadene ved bevis-tilgang som for høye til at lempning av spesifikasjonskravet vil være rimelig.¹¹⁹ På den annen side kan retten legge til grunn at spesifikasjonskravet må lempes dersom saken er av stor betydning for partene.¹²⁰ Forholdsmessighetsvurderingen kan dermed føre til både mildere og strengere vurderinger av om spesifikasjonskravet skal lempes.

Et mer uspesifisert krav om tilgang til dokumenter som mulige bevis kan vanskelig tolkes dit hen at parten ønsker alt eller ingenting.¹²¹ Et slikt krav kan nektes imøtekommet ut fra en forholdsmessighetsvurdering av hvor store kostnader et pålegg vil innebære for motparten, jf. § 26-5 (3). Forarbeidene åpner imidlertid for at retten, med hjemmel i § 26-6 (2), kan bestemme mellomløsninger som ligger innenfor rammen av kravet som er fremsatt.¹²² På denne måten kan ulempene for den kravet er rettet mot, avhjelpes ved at dokumentkravet begrenses i omfang. Dersom retten vurderer en slik mellomløsning, krever hensynet til kontradiksjon og forsvarlig saksbehandling at retten tar mellomløsningen opp med partene.¹²³

¹¹⁵ NOU B side 980.

¹¹⁶ NOU B side 980.

¹¹⁷ Prp. side 468.

¹¹⁸ NOU B side 980.

¹¹⁹ NOU B side 980–981.

¹²⁰ NOU B side 980.

¹²¹ NOU B side 981.

¹²² NOU B side 981.

¹²³ NOU B side 981.

5.2.3 Betydningen av tvisteloven § 26-6 (2) for momentene fra tvistemålslovens rettspraksis

Som omtalt i punkt 4.3 kunne man utlede flere momenter for vurderingen av tvistemålslovens individualiseringskrav i Høyesteretts nyere praksis under tvistemålsloven. To av dem var om det var vanskelig for den begjærende parten å individualisere dokumentene nærmere, og om det var sannsynlig at begjæringen ville gi tilgang til bevis. Disse momentene tilsvarer det som nå er vilkårene for lempning i tvisteloven § 26-6 (2): Spesifikasjonskravet kan lempes når det er *«uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis»*. Problemstillingen er om denne «kodifisering» i § 26-6 (2) innebærer at momentene ikke lenger inngår i vurderingen av spesifikasjonskravet i første ledd.

Monsen og Ristvedt/Tørum mener at innføringen av lepningsregelen i § 26-6 (2) gjør at forholdene som er nevnt her, ikke lenger kan trekkes inn som momenter ved vurderingen av spesifikasjonskravet etter første ledd.¹²⁴ Standpunktet begrunnes for det første med at lovens systematikk legger opp til et nokså skarpt lovteknisk skille i § 26-6. Den skjønnsmessige vurderingen skal foretas etter andre ledd, og spesifikasjonskravet i første ledd skal ikke relativiseres ut fra de faktiske mulighetene for spesifisering. For det andre støttes synet på uttalelser i forarbeidene om at lepningsregelen i andre ledd ikke skal anvendes før man har konkludert med at spesifikasjonskravet i første ledd ikke er oppfylt.¹²⁵ Forfatterne mener at dersom vurderingstemaene i andre ledd brukes som momenter i første ledd, vil vurderingene etter første og andre ledd overlappe. Da oppstår en risiko for at spesifikasjonskravet mykes opp etter begge ledd. Ristvedt/Tørum legger til grunn at hovedregelen i første ledd og *«unntaksregelen»* i andre ledd vil kunne smelte sammen.¹²⁶ På samme måte uttaler Monsen at det kan være *«vanskelig å fastslå hvor langt momentene gir grunnlag for «lempling» etter (1), og når lemping eventuelt må skje etter (2)»*.¹²⁷

Jeg er for så vidt enig med Monsen og Ristvedt/Tørum i at det mest ryddige og konsekvente ville vært å holde vurderingstemaene i § 26-6 (2) atskilt fra vurderingen av spesifikasjonskravet i første ledd. Dette ville gjort vurderingen av spesifikasjonskravet snevrere enn den var under tvistemålsloven, i den forstand at det ville blitt færre momenter å vurdere etter første ledd.¹²⁸ Forarbeidene til tvisteloven er imidlertid klare på at individualiseringskravet slik det

¹²⁴ Monsen (2007) side 212–217 og Ristvedt/Tørum (2015) side 143–145.

¹²⁵ NOU B side 980.

¹²⁶ Ristvedt/Tørum (2015) side 144.

¹²⁷ Monsen (2007) side 216.

¹²⁸ Ristvedt/Tørum (2015) side 144.

ble tolket i nyere rettspraksis under tvistemålsloven, skal videreføres.¹²⁹ Tvistemålsutvalget fremhever særskilt at spesifikasjonskravet «*skal ses i forhold til de muligheter for individualisering som foreligger, slik at individualiseringskravet ikke i urimelig grad blir til hinder for en korrekt opplysning av saken*». ¹³⁰ Rettskildemessig er det vanskelig å se bort fra disse helt klare uttalelsene i forarbeidene. Disse uttalelsene taler etter min mening klart for at man kan vurdere spesifikasjonskravet i første ledd i lys av de faktiske mulighetene for nærmere spesifikasjon, og at det dermed blir en overlapping med andre ledd.

Foreløpig har ikke Høyesterett avgjort denne problemstillingen. Heller ikke øvrig juridisk teori – som Schei, Mæland og Skoghøy – tar opp problemstillingen. Disse forfatterne gjennomgår rettspraksisen fra tvistemålslovens tid uten at forholdet til vurderingstemaene i andre ledd drøftes.¹³¹ Forfatterne legger til grunn uttalelsene i NOU-en og proposisjonen om at den nyere rettspraksisen fra tvistemålsloven skal være førende for tolkningen av spesifikasjonskravet.

Rettspraksis fra lagmannsrettene er ikke konsekvent i håndteringen av § 26-6, se nærmere i punkt 5.4. I LB-2011-18235 og LB-2014-37211 skilte for eksempel ikke lagmannsretten på om tilgang ble gitt etter første eller andre ledd, det ble bare vist til at kravet i § 26-6 var oppfylt. I LG-2008-132615 ble derimot vurderingstemaene i andre ledd brukt som momenter etter første ledd. Og i flere avgjørelser er det skilt klart mellom første og andre ledd.¹³² En prinsipielt begrunnet avgjørelse fra Høyesterett vil kunne bringe klarhet i hva som er den korrekte bruken av § 26-6.

Konklusjonen er at vurderingstemaene i § 26-6 (2), om en nærmere spesifikasjon er mulig og om det er nærliggende mulighet for at fremleggelseskravet vil gi tilgang til bevis, kan brukes som momenter ved vurderingen av spesifikasjonskravet etter første ledd. Vurderingstemaene kan trekkes inn i vurderingen etter første ledd dersom begjæringen utgjør et grensetilfelle hvor det er usikkert om den kan anses tilstrekkelig spesifisert. I et slikt tilfelle bør det ikke være nødvendig at retten skal måtte begrunne at vilkårene i andre ledd er oppfylt. Forarbeidene er klare på at spesifikasjonskravet må ses i lys av mulighetene til å foreta en nærmere spesifisering. Likevel må retten følge lovens system med å vurdere lempning av spesifikasjonskravet etter andre ledd dersom begjæringen om bevis tilgang ikke er tilstrekkelig spesifisert og heller ikke er i grenseland.

¹²⁹ NOU B side 980 og prp. side 467–468.

¹³⁰ NOU B side 980.

¹³¹ Schei mfl. (2013) side 956–957, Mæland (2013) side 189–190 og Skoghøy (2014) side 812–813.

¹³² LB-2010-146897-1 og LB-2014-108782.

For den begjærende parten har det likevel ingen praktisk betydning om retten har gitt bevistilgang etter første eller andre ledd i § 26-6. Retten bør imidlertid være klar på om den aksepterer begjæringen som tilstrekkelig spesifisert, eller om den lempet på kravet i det konkrete tilfellet. Hvis ikke vil det bli vanskelig å utlede av domstolenes praksis hva som utgjør en tilstrekkelig spesifisering. En slags flytende anvendelse av første og andre ledd i § 26-6, med stor bruk av skjønn, vil kunne medføre usikkerhet om og inkonsekvens med hvilke begjæringer som godtas og ikke. Det vil på sikt kunne medføre en uthuling av spesifikasjonskravet og føre til utilsiktet kinking i kortene, jf. punkt 3.1.

5.2.4 Medfører lempningsadgangen og forholdsmessighetskravet at spesifikasjonskravet er utvannet og uten praktisk interesse?

Monsen og Astrup Hjort mener at spesifikasjonskravet i § 26-6 (1) er utvannet som følge av lempningsregelen i § 26-6 (2) og forholdsmessighetsvurderingen i § 26-5 (3). Monsen, som Astrup Hjort slutter seg til, sier det slik:

«Det man står igjen med, er et spesifikasjonskrav med liten praktisk interesse. Angående omfanget av edisjonsplikten er det først og fremst forholdsmessighetsvurderingen som vil ha praktisk betydning, og da ikke bare som en begrensning, men også som et argument for bevistilgang i saker av stor betydning.»¹³³

Rettspraksis fra lagmannsrettene, eksempelvis LB-2011-18235 og LB-2014-37211, viser imidlertid at begjæringene fortsatt vurderes opp mot spesifikasjonskravet i § 26-6 (1), jf. punkt 5.4. Dette er i overensstemmelse med de klare uttalelsene i forarbeidene om at begjæringene skal spesifiseres så nøyaktig som det etter forholdene er rimelig å kreve, og at det er spesifikasjonskravet i første ledd som er hovedregelen.¹³⁴ Begrunnelsen finner man i at spesifikasjonskravet ivaretar hensynet til at motparten skal vite hva som begjæres fremlagt. Dette hensynet blir delvis tilsidesatt ved pålegg etter andre ledd av hensyn til sakens opplysning.

Det gir bedre forutberegnelighet for partene om de kan oppfylle spesifikasjonskravet etter første ledd, uten at det skal vurderes lempning etter andre ledd. Som redegjort for i punkt 5.2.2 skal retten avgjøre spørsmålet om lempning etter en bred rimelighetsvurdering hvor retten er gitt vid skjønnsmyndighet. En slik vurdering åpner for usikkerhet om det vil bli gitt tilgang til dokumentbevis eller ikke. Partene vil derfor være bedre tjent med å spesifisere sine begjæringer i tråd med de føringer rettspraksis fra tvistemålsloven gir veiledning om. Dette

¹³³ Monsen (2007) side 218. Jf. også Astrup Hjort (2015) side 120.

¹³⁴ NOU B side 980.

underbygges av lovproposisjonen, hvor departementet er klar på at lempning forutsetter at «parten spesifiserer beviset så langt mulig». ¹³⁵

En praksis hvor retten skal gå rett på lempningsvurderingen i stedet for at partene oppfyller spesifikasjonskravet vil være prosessdrivende. Retten vil måtte avgjøre flere bevistilgangstvister. Dette vil i sin tur trenere behandlingen av de materielle kravene i saken og medføre at domstolene bruker lengre tid på sakene enn nødvendig. Reglene bør forstås slik at det oppstår færrest mulig bevistilgangstvister. Praksis bør dermed oppfordre til og tilrettelegge for at partene oppfyller spesifikasjonskravet i § 26-6 (1), slik lovgiver har forutsatt.

Etter mitt syn er avgjørelsene fra tvistemålslovens tid, som viser at temaet og sammenhengen er viktig for vurderingen av individualiseringskravet, fremdeles relevante for vurderingen av spesifikasjonskravet. De vil veilede partene om hva som er tilstrekkelig spesifisering for de dokumentene de vil ha tilgang til. Med dette som bakgrunn skal momenter for vurdering av spesifikasjonskravet, og typetilfeller av begjæringer, gjennomgås i punkt 5.5.

5.3 Betydningen av spørsmålsadgangen etter tvisteloven § 26-5 (2)

Den andre nyvinningen blant bevistilgangsreglene i tvisteloven er § 26-5 (2) første punktum:

«For å gjennomføre plikten etter første ledd kan partene og andre pålegges å svare på spørsmål om de kjenner til bevisgjenstander, og foreta nødvendige undersøkelser i den forbindelse.»

Bestemmelsen gir retten hjemmel til å pålegge partene eller andre å svare på spørsmål om bevis eller foreta undersøkelser om bevis, typisk etter anmodning fra en av partene. Bestemmelsen ble innført for å legge til rette for større åpenhet om hvilket bevismateriale man har hånd om. ¹³⁶ Den skal også ses i sammenheng med partenes sannhets- og opplysningsplikt i § 21-4. ¹³⁷ Paragraf 26-5 (2) skal dermed bidra til å effektivisere retten til bevistilgang. Muligheten for å stille spørsmål om bevis gjennom pålegg fra retten fører antakelig til at partene i større grad svarer frivillig på spørsmål om bevis uten involvering av retten. ¹³⁸

Spesifikasjonskravet i § 26-6 (1) gjelder også for spørsmål om bevisgjenstander. På samme måte som for dokumenter («gjenstander») må spørsmålene som en begjæring gjelder, være «klare» på hvilke dokumenter de gjelder. En problemstilling er om spesifikasjonskravet skal

¹³⁵ Prp. side 468.

¹³⁶ Prp. side 467.

¹³⁷ NOU B side 979.

¹³⁸ Ristvedt/Tørum (2015) side 132.

tolkes like strengt for spørsmål som for bevistilgang. Et argument mot at det skal forstås like strengt, er hensynet til at spørsmålsadgangen skal medføre en effektivisering av den prosessuelle edisjonsplikten.¹³⁹ Videre vil det etter omstendighetene være mindre inngripende og kostnadskrevende å svare på spørsmål enn å legge frem eller lete frem dokumenter. Disse formålsbetraktningene tilsier at plikten til å svare på spørsmål må gå noe lenger enn plikten til å gi bevistilgang, det vil si et lempeligere spesifikasjonskrav for spørsmål.¹⁴⁰

Når en part får svar på spørsmål om hva motparten har av dokumentbevis, øker muligheten for parten til å spesifisere en eventuell begjæring om bevistilgang i henhold til § 26-6 (1).¹⁴¹ Spørsmålsadgangen etter § 26-5 (2) bidrar dermed til at partene har fått et nytt effektivt virkemiddel til å oppfylle spesifikasjonskravet. Rettspraksis fra tvistelovens tid viser imidlertid at spørsmålsadgangen er lite brukt (se nærmere i punkt 5.4). Men det er nødvendigvis ikke slik at anvendelse av spørsmålsadgangen vil fremgå av tilgjengelige avgjørelser. Ved uspesifiserte og generelle begjæringer vil det være gunstig for sakens opplysning om retten veileder den begjærende parten til å bruke spørsmålsadgangen, jf. § 11-5 (1). Dersom noen avklarings-spørsmål i den konkrete sak kan bidra til en slik spesifikasjon at motparten forstår hva begjæringen gjelder, bør det vektlegges av retten i vurderingen av om spesifikasjonskravet er oppfylt.¹⁴² Lovens adgang til å stille spørsmål innebærer at det i praksis kan stilles noe strengere krav til spesifikasjon.

5.4 Rettspraksis etter tvisteloven

I dette punktet vil anvendelsen av spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6 (1) behandles. Det sentrale spørsmålet er om den forståelse av tvistemålslovens individualiseringskrav som Høyesterett la til grunn i nyere rettspraksis, faktisk er videreført som forutsatt av lovgiver. I tillegg vil betydningen av lempningsadgangen i § 26-6 (2), spørsmålsadgangen i § 26-5 (2) og forholdsmessighetskravet i § 26-5 (3) drøftes.

Det foreligger lite høyesterettspraksis om anvendelsen av § 26-6 fra de åtte årene tvisteloven har vært i kraft. Foreløpig har Høyesterett ikke avgjort saker om tolkningen av spesifikasjonskravet.¹⁴³ De fleste spørsmålene om bevistilgang som har vært oppe for Høyesterett, har hovedsakelig omhandlet spørsmål om forholdsmessighet eller bevisverdi.¹⁴⁴ Det er derfor nød-

¹³⁹ NOU B side 979.

¹⁴⁰ Monsen (2007) side 213.

¹⁴¹ Ristvedt/Tørum (2015) side 132.

¹⁴² Ristvedt/Tørum (2015) side 146.

¹⁴³ Søk i Lovdata 25.11.2015 i HRSIV, dvs. sivile saker i Høyesterett, med søkeordet «lov-2005-06-17-90-§26-6». Søket ga 6 treff.

¹⁴⁴ Eksempelvis Rt. 2013 side 817.

vendig å analysere avgjørelser fra lagmannsrettene for å vurdere hvordan § 26-6 anvendes i praksis.¹⁴⁵ Lagmannsrettspraksis har ikke samme rettskildevekt som høyesterettspraksis, men kjennelsene fra lagmannsrettene kan likevel si noe om praktiseringen av tvistelovens spesifikasjonskrav.¹⁴⁶ I drøftelsene nedenfor vil derfor avgjørelser fra lagmannsrettene stå sentralt.

For det første viser rettspraksis at Høyesterett, i tråd med forarbeidene, ikke er villig til å åpne for noen discoveryordning i norsk rett, jf. punkt 2.2. Dette kommer klart til uttrykk i Rt. 2013 side 1719. Saken gjaldt en rekke krav om bevistilgang. Høyesteretts ankeutvalg fastslo at den som etterspør dokumenter, ikke har et rettskrav på å få gjennomgå en mengde dokumenter for selv å finne frem til dokumenter som kan tjene som bevis. Utgangspunktet er fortsatt at dokumenter skal spesifiseres i henhold til § 26-6 (1) (avsnitt 45 og 46). Motpartens «tilbud» om gjennomgang er således ikke et moment ved vurderingen av spesifikasjonskravet. Det er imidlertid noe retten kan ta i betraktning i forholdsmessighetsvurderingen etter § 26-5 (3), jf. punkt 2.4.6.

For det andre synes Høyesterett å legge til grunn en videreføring av den liberale forståelsen av spesifikasjonskravet fra slutten av tvistemålslovens funksjonstid i overensstemmelse med forutsetningene i forarbeidene. Dette kommer blant annet til uttrykk i Rt. 2012 side 1440. Høyesteretts ankeutvalg ga Lodalen borettslag pålegg om å gi den begjærende part «*tilgang til OBOS' historiske brevarkiv tilknyttet Lodalen borettslag i perioden 1956-1980*», som skulle belyse et nærmere bestemt tema. Pålegget ble gitt med grunnlag i § 26-5 (2) første punktum. Denne bestemmelsen gjelder plikten til å svare på spørsmål «*og foreta nødvendige undersøkelser i den forbindelse*» for den som begjæringen er rettet mot, ikke bevistilgang i seg selv.¹⁴⁷ Ankeutvalget bestemte at den begjærende parts advokat skulle gjennomgå arkivet. Dette er en bestemmelse om måten dokumentene skal fremlegges på, jf. § 26-7 (3) første punktum. Riktig hjemmel for pålegget skulle dermed vært § 26-5 (1), jf. § 26-6 (1) og § 26-7 (3) første punktum. Fremleggelseskravet var et krav om dokumenter innenfor en bestemt kategori med et nærmere bestemt tema, sml. punkt 5.5.3 og 5.5.4. Dette ble akseptert uten at ankeutvalget drøftet spesifikasjonskravet.

Også lagmannsrettspraksis synes å gi klart uttrykk for at den liberale forståelsen av spesifikasjonskravet videreføres. LB-2014-37211 gjaldt en tvist om erstatning og prisavslag mot en tidligere ansatt og aksjeeier etter oppstart av konkurrerende virksomhet. Den tidligere arbeidsgiveren begjærte fremlagt fra den konkurrerende virksomheten kundeavtaler med end-

¹⁴⁵ Søk i Lovdata 25.11.2015 i LASIV, LBSIV, LESIV, LXSIV, LFSIV, LGSIV, LHSIV, dvs. sivile saker i lagmannsrettene, med søkeordet «lov-2005-06-17-90-§26-6». Søket ga 26 treff.

¹⁴⁶ Eckhoff (2001) side 162.

¹⁴⁷ Ristvedt/Tørum (2015) side 159.

rings- og tilleggsavtaler, samt tilbudene som var avgitt. Avtalemotpartene i kundeavtalene var positivt angitt i begjæringen. Ankemotparten anførte blant annet at fremleggelseskravene ikke var tilstrekkelig spesifisert. Borgarting lagmannsrett la derimot til grunn at de var *«tilstrekkelig spesifisert til at ankemotpartene ikke kan være i tvil om hvilke dokumenter som skal fremlegges, jf. Rt. 2004 side 442 (31)»*. Lagmannsretten henviste til § 26-6 uten å presisere om den anvendte første eller andre ledd. Henvisningen til Rt. 2004 side 442 tilsier at retten anså spesifikasjonskravet oppfylt i henhold til første ledd. Lagmannsretten fulgte således linjen som ble forutsatt videreført i forarbeidene til tvisteloven.

LB-2011-18235 er et eksempel på det samme. Saken gjaldt tvist om patentinnngrep i en sak som verserte for amerikanske domstoler, og Borgarting lagmannsrett skulle ta stilling til en begjæring om tilgang til dokumenter hos to norske vitner. Begjæringen inneholdt flere fremleggelseskrav. De gjaldt dels forskjellige dokumentkategorier, og dels korrespondanse og generelt andre dokumenter, om nærmere avgrensede temaer. Retten kom til at angivelsen av tema og produkt, samt hvilke dokumenttyper begjæringen gjaldt, og hvilke kontraktsparter dokumentene var utarbeidet av/for, tilfredsstilte kravet i § 26-6. Avgjørelsen er således i tråd med nyere rettspraksis fra tvistemålslovens tid. Lagmannsretten tok også hensyn til *«hvilken grad av spesifisering som antas å være mulig»*, jf. punkt 5.2.3. Uten å presisere hvilket ledd lagmannsretten anvendte, la den til grunn at det ut fra en samlet vurdering var *«tilstrekkelig klart hvilke dokumenter anmodningen gjelder»*. Dette svarer til ordlyden i § 26-6 (1) og tilsier at bevisstilgang ble pålagt uten anvendelse av lempningsregelen.

En tredje observasjon er at lagmannsrettene har tatt i bruk lempningsadgangen i § 26-6 (2) for fremleggelseskrav som ikke oppfyller spesifikasjonskravet. Dette kommer til uttrykk i LB-2014-108782. Tvisten gjaldt et konkursbos rett til å ta beslag i debtors påståtte sameieandel i en bolig. Konkursboet begjærte fremlagt en rekke regnskapsbilag og bankbilag, samt revisjonsbrev, korrespondanse og øvrige dokumenter vedrørende debitor fra revisor. Regnskaps- og bankbilagene var spesifisert til en nærmere tidsperiode og begrunnet med hva de skulle belyse. Dokumentene skulle avklare debtors eierskap i sameieandelen. Borgarting lagmannsrett uttalte:

«Søksmålets karakter, problemstillinger og anførsler med særlig vekt på at dokumentasjonen må sees i sammenheng over tid - medfører at det i dette tilfelle ikke kan stilles nærmere krav til spesifisering. Selv om boet i lys av det allerede fremlagte materiale muligens kunne gjort noe mer for å konkretisere transaksjoner eller betalingsoverføringer, kan ikke dette avskjære retten til innsyn.

Lagmannsretten har ut fra disse forhold funnet grunn til å lempe på tvistelovens krav om spesifisering, jf. tvisteloven § 26-6 annet ledd. Ytterligere krav om spesifisering

anses å være uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og lagmannsretten finner at det foreligger en nærliggende mulighet for at kravet om bevistilgang kan gi tilgang til bevis av sentral betydning.»

Lagmannsretten anvendte lempningsregelen i § 26-6 (2) som grunnlag for å pålegge bevistilgang. Etter mitt syn kunne retten ha akseptert enkelte fremleggelseskrav med hjemmel i første ledd. Regnskapsbilag er dokumenter av en bestemt kategori, og begjæringen var avgrenset til en nærmere tidsperiode, slik som i Rt. 1992 side 962.¹⁴⁸ Det kunne heller ikke by på «*nevneverdig tvil*» hva debitor skulle fremlegge, jf. Rt. 2004 side 442. Bankutskriftene kunne imidlertid ha vært konkretisert nærmere med angivelse av nøyaktige kontonumre, sml. Rt. 2007 side 920.¹⁴⁹ Disse kunne konkursboet ha fremskaffet ved anvendelse av spørsmålsadgangen i tvisteloven § 26-5 (2). De resterende fremleggelseskravene – «*samtlig revisjonsbrev, herunder korrespondanse og øvrige dokumenter vedørende [Firma] AS fra revisorene ...*» – kan sammenlignes med den avslåtte «en bloc»-begjæringen i Rt. 1936 side 977. Et slikt krav er for uspesifisert til at spesifikasjonskravet kan anses oppfylt. For disse kravene synes det riktig å anvende lempningsregelen i andre ledd.

Praksis viser imidlertid at lagmannsrettene ikke er helt konsekvente i anvendelsen av lempningsadgangen. Eksempelvis er den blitt brukt som moment i vurderingen av spesifikasjonskravet, jf. LG-2008-132615. Gulating lagmannsrett behandlet en sak om bevistilgang i tvist om selskapsrettslige krav. Systemutvikling AS begjærte fremlagt:

«fullstendig dokumentasjon over alle transaksjoner mellom SSM og (til eller fra) ITI, Kåre Syltebø eller Sigve Austheim eller selskaper hvor disse har direkte eller indirekte eierinteresser med angivelse av beløp, hva beløpet gjelder og når betaling fant sted».

Ifølge lagmannsretten var temaet så avgrenset at motparten «*enkelt vil være på det rene med hvilken dokumentasjon som omfattes av begjæringen*». Sagt på en annen måte ville ikke kravet skape «*nevneverdig tvil*» om hvilke dokumenter som skulle fremlegges, jf. Rt. 2004 side 442. Lagmannsretten henviste også til § 26-6 (2) og slo fast at «*plikten til å legge frem bevis vil rekke vesentlig lenger enn etter tvistemålsloven*». Her brukes tilsynelatende lempningsvurderingen som et moment i vurderingen av spesifikasjonskravet etter første ledd. Videre la retten vekt på at Systemutvikling AS ikke hadde «*rimelig mulighet*» til å spesifisere begjæringen ytterligere i avgjørende grad. Avgjørelsen synes derfor å være i overensstemmelse med nyere rettspraksis under tvistemålsloven. Lagmannsretten påla bevisfremleggelse, men av-

¹⁴⁸ Jf. punkt 5.5.4.

¹⁴⁹ Jf. punkt 5.5.4.

grenset imidlertid tilgangen til årene 2006, 2007 og 2008 ut fra hva som ble ansett nødvendig i saken. Retten presiserte ikke om tilgang ble gitt etter første eller andre ledd. Og premissene er vanskelige å tolke i den ene eller andre retningen. Uttalelsen om at motparten enkelt ville forstå hvilken dokumentasjon som ble begjært, taler etter mitt syn for at pålegget reelt sett ble gitt med hjemmel i første ledd.

Analysen av rettspraksis viser at domstolene anvender spesifikasjonskravet i tråd med nyere rettspraksis under tvistemålsloven som forarbeidene forutsatte en videreføring av. Samtidig viser LB-2014-108782 at andre ledd anvendes når spesifikasjonskravet ikke kan tøyes lengre. Dette bidrar positivt til å klarlegge sakens faktum. Gjennomgangen viser også at spesifikasjonskravet neppe kan sies å ha «*liten praktisk interesse*», som Monsen (2007) og Astrup Hjort (2015) hevder. Lagmannsrettene anvender fortsatt spesifikasjonskravet særskilt, uten å trekke inn lempningsadgangen i andre ledd. Forholdet mellom spesifikasjonskravet og lempningsadgangen fortjener imidlertid en prinsipiell avklaring i Høyesterett. Det vil klargjøre om det er oppfyllelse av spesifikasjonskravet som skal være det klare utgangspunktet ved vurdering av bevistilgangskrav, eller om det er lempningsadgangen og forholdsmessighetskravet som skal være det sentrale, jf. punkt 5.2.4.

5.5 Typetilfeller og retningslinjer

5.5.1 Innledning

Hvorvidt en begjæring om bevistilgang er tilstrekkelig spesifisert, må retten avgjøre ved en tolkning av krav(ene) i begjæringen. Sentralt i vurderingen står formålet med spesifikasjonskravet, som er dels at parten skal kunne vite hva som begjæres fremlagt, dels at retten skal ha grunnlag for å vurdere om dokumentene kan inneholde noe som kan tjene som bevis, jf. punkt 3.1. Videre er det et viktig poeng at spesifikasjonskravet ikke skal hindre klarlegging av faktum av betydning for saken, jf. punkt 3.2. I tvilsomme grensetilfeller er viktige momenter i vurderingen hvilke faktiske muligheter parten har for å konkretisere begjæringen nærmere, og sannsynligheten for at den gir tilgang til bevis, jf. punkt 5.2.3. De nye bestemmelsene i tvisteloven §§ 26-5 (2) og 26-6 (2) gir domstolene flere strenger å spille på for å komme frem til passende løsninger for å klarlegge faktum i den enkelte sak og derigjennom nå målet om materielt riktige avgjørelser.

Spesifikasjonskravet er klart nok oppfylt dersom dokumentet er angitt nøyaktig, for eksempel med dato, journalnummer, dokumentnummer og/eller andre spesifikke kjennetegn.¹⁵⁰ Et eksempel er Rt. 2014 side 1324, hvor spesifikasjonskravet ikke var omtvistet og spørsmålet for Høyesterett var om dokumentene skulle avskjæres som følge av liten bevisverdi i henhold til

¹⁵⁰ Mæland (2013) side 188.

§ 21-7. I begjæringen var dokumentene spesifisert med eksakte datoer, temaer, avsendere, adressater og hvem som hadde utarbeidet dem. Likevel kan det ikke kreves at begjæringer om bevis tilgang skal angi dokumentet med dato, journalnummer eller tilsvarende. Som fremstillingen nedenfor vil vise, er det avgjørende om det er tilstrekkelig klart hvilke dokumenter som kreves fremlagt i begjæringen.¹⁵¹

De vanskeligere tilfellene gjelder dokumenter som ikke lar seg spesifisere. Dette er typisk når den som etterspør dokumentet, ikke vet om det finnes.¹⁵² Problemstillingen er det umulig å gi et generelt og klart svar på. Som nevnt i punkt 4.3, må vurderingen gjøres på grunnlag av de konkrete forholdene i saken. I nyere høyesterettspraksis om individualiseringskravet i tvistemålsloven § 253 kan det utledes flere retningslinjer om hvilke hensyn som skal tas i betraktning ved vurderingen av spesifikasjonskravet. Videre viser denne rettspraksisen hvordan Høyesterett har betraktet enkelte typetilfeller av bevisbegjæringer. I det følgende skal disse typetilfellene analyseres med sikte på å vise hvilke momenter som gjør seg gjeldende for det enkelte tilfellet.

5.5.2 All korrespondanse uten nærmere tematisering

Det eneste klare typetilfellet Tvistemålsutvalget omtalte i forbindelse med spesifikasjonskravet, er at partene i utgangspunktet ikke kan kreve fremlagt all korrespondanse som måtte finnes mellom motparten og en tredjeperson.¹⁵³ Tvistemålsutvalget begrunnet imidlertid ikke denne «hovedregelen», som har sin opprinnelse i eldre rettspraksis fra tvistemålsloven. Begrunnelsen kan man finne i formålet med spesifikasjonskravet. En så vid begjæring gjør det vanskelig for retten å vurdere om kravet gjelder dokumenter som kan tjene som bevis i saken, jf. punkt 2.4.3. Videre vil fremleggelsen kunne medføre at motparten må bruke store ressurser på å finne frem til all korrespondanse, noe som vil kunne være byrdefullt og tidkrevende. Slike begjæringer vil lett bidra til vidløftiggjøring av saken.¹⁵⁴ De kan derfor også bli nektet med hjemmel i tvisteloven § 26-5 (3), jf. § 21-8, som følge av at fremleggelse blir for kostbart i forhold til bevisverdien. Det kan i tillegg tenkes å være negativt for en virksomhet å måtte utlevere store dokumentmengder i et sakskompleks på grunn av den spredningsfare det kan innebære, eller av andre særskilte grunner for parten. Eksempelvis kan dokumentene inneholde forretningshemmeligheter som ikke har betydning for den verserende rettssaken, men som kan bli brukt mot parten senere.

¹⁵¹ Schei mfl. (2013) side 955–956.

¹⁵² Ristvedt/Tørum (2015) side 139.

¹⁵³ NOU B side 980.

¹⁵⁴ Mæland (2013) side 188.

Ved avgjørelsen i **Rt. 1936 side 977** ble Høyesterett første gang forelagt et fremleggelseskrav som gjaldt samtlige dokumenter i all korrespondanse mellom motparten og tredjepersoner, jf. punkt 4.2. Begjæringen var avgrenset til «*de forhold saken gjelder*», altså var den ikke tematisert utover å vise til tvistegjenstanden i saken. Den var så generell og uspesifisert at det var tilnærmet umulig for retten å vurdere hvilke bevis den kunne gjelde, og relevansen for saken. I en slik situasjon kan en nærmere tematisering av korrespondansen med et avgrenset tidsrom gjøre begjæringen tilstrekkelig spesifisert. Eksempelvis kan parten benytte spørsmålsadgangen i § 26-5 (2) for å spisse begjæringen. Parten vil således ha en klar mulighet til å spesifisere nærmere. Det tilsier at begjæringen i Rt. 1936 side 977 heller ikke i dag ville blitt tatt til følge.

Lignende avgjørelser som Rt. 1936 side 977 er inntatt i Rt. 1962 side 367, Rt. 1993 side 1105 og Rt. 1994 side 932. I samtlige avgjørelser ble krav om fremleggelse av all korrespondanse mellom motparten og tredjepersoner ikke tatt til følge. Slike begjæringer blir for vide når de ikke er avgrenset med nærmere tema for korrespondansen, utover at det gjelder tvistegjenstanden i saken. Andre måter parten kan avgrense kravet på, er å vise til hvilke tidspunkter eller tidsrom korrespondansen gjelder, og hvilket medium korrespondansen foregikk i, om det var ved e-post, brev, fax, tekstmeldinger via telefon eller lignende. Dette er retningslinjer som retten vil kunne ha plikt til å veilede den begjærende part om, jf. § 11-5 (1). Denne bestemmelsen bør anvendes dersom en begjæring enkelt kan forbedres, og således føre til bevistilgang og nye bevis som øker sannsynligheten for et materielt riktig resultat.

Begjæringer om fremleggelse av all korrespondanse uten nærmere tematisering oppfyller heller ikke i dag spesifikasjonskravet. Slike begjæringer hindrer retten i å vurdere om dokumentene er relevante som bevis. Samtidig vil de ofte medføre store ressurser å etterkomme, og dermed vil bevistilgang ofte også stride mot forholdsmessighetsbegrensningen i § 26-5 (3).

5.5.3 Dokumenter som omhandler et nærmere angitt tema

Fra slutten av tvistemålslovens tid foreligger det en del rettspraksis om begjæringer om tilgang til dokumenter om et angitt tema, jf. punkt 4.3. Det karakteristiske ved slike begjæringer er at de ikke angir bestemte dokumenter, men et nærmere beskrevet tema. Dette typetilfellet grenser opp mot begjæringer om all korrespondanse mellom en part og en tredjeperson, jf. punkt 5.5.2. Vurderingstemaet er om det foreligger «*nevneverdig tvil*» om hvilke dokumenter begjæringen gjelder, jf. Rt. 2004 side 442 avsnitt 31 og punkt 4.3. Hvor avgrenset temaet må være, avhenger av de konkrete omstendighetene i saken. I det følgende skal tre høyesterettsavgjørelser analyseres for å illustrere dette typetilfellet.

Rt. 2004 side 442, If-saken, gjaldt tvist om If Skadeforsikring var erstatningsansvarlig for advokat As opptreden gjennom ansvarsforsikring for As advokatvirksomhet. Forsikringsselskapet ble pålagt å fremlegge:

«det selskapet har av dokumenter i andre skadesaker eller meldte krav under advokatforsikringen som gjelder advokat A, og som gjelder spørsmål om investerings- eller finansieringsrådgivning eller andre oppdrag i slik forbindelse».

Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte følgende om spesifikasjonskravet i avsnitt 31:

«If har anført at fremleggelsespålegget er for ubestemt. Utvalget finner det klart at pålegget - hvis dokumentene finnes - ikke kan skape nevneverdig tvil om hvilke dokumenter det dreier seg om, og at If i så fall vet dette. Noe nærmere krav til individualisering kan ikke kreves så lenge If ikke har gitt nærmere opplysninger.»

Slik begjæringen var spesifisert i denne saken – med nærmere beskrivelse av tema og person – fant Høyesterett at det ikke kunne skapes nevneverdig tvil om hvilke dokumenter det dreide seg om. Temaet for de dokumentene fremleggelseskravet gjaldt, ga retten muligheten til å vurdere relevansen av dokumentene, mens det ga motparten nok informasjon til å finne frem til dem.

Rt. 2007 side 920 gjaldt tvist om Scancem International ANS hadde krav på erstatning av A som følge av at A hadde tilegnet seg penger som skulle anvendes i Scancems satsing i Ghana og Nigeria. Scancem fremmet forskjellige fremleggelseskrav.¹⁵⁵ Et av fremleggelseskravene var at A skulle fremlegge *«all korrespondanse mellom ham og selskapet IFG International Limited som vedrører enten selskapet X eller selskapet Y Limited i perioden 1999 og fremover»*. Kjæremålsutvalget viste til begjæringen ivaretok formålet med spesifikasjonskravet, nemlig at *«motparten skal vite hvilke dokumenter som kreves fremlagt»*, se avsnitt 65. Den begjærende part hadde angitt avsender, adressat, tema og tidsperiode. Høyesteretts kjæremålsutvalg la til grunn uttalelsen i If-saken om at fremleggelseskravet *«... - hvis dokumentene finnes - ikke kan skape nevneverdig tvil om hvilke dokumenter det dreier seg om»* (avsnitt 66). Dette var tilstrekkelig til at individualiseringskravet var oppfylt, og at pålegget om å fremlegge all korrespondanse måtte tas til følge, jf. avsnitt 67.

Disse to avgjørelsene viser at det ikke er problematisk at begjæringen gjelder en ubestemt dokumentmengde. En forutsetning for å ta slike begjæringer til følge er at de angir et tema som er så spesifisert at motparten skjønner hvilke dokumenter det dreier seg om, og at retten kan vurdere bevisverdien av dem. Ved vurderingen av om spesifikasjonskravet er oppfylt, vil

¹⁵⁵ De øvrige fremleggelseskravene behandles i punkt 5.5.4.

ytterligere momenter være om avsender og adressat er angitt. Etter omstendighetene vil også en avgrensning av en tidsperiode kunne være nødvendig for å oppfylle spesifikasjonskravet.

I **Rt. 1999 side 493** var temaet for begjæringen beskrevet så generelt og vidt at spesifikasjonskravet ikke var oppfylt. Den påkjærende part hadde krevd fremleggelse av:

«... intern revisjon og eksternrevisjons skriftlige dokumenter i form av notater, korrespondanse, saksanlegg, vurderinger mv, for valutatransaksjoner foretatt i Bergensbanken ASA under betegnelsene "Lekvaud", "Grevjan" og "Lekis"».

Begjæringen gjaldt krav om fremleggelse av samtlige dokumenter om nærmere bestemte forhold – de angitte valutatransaksjonene. Temaet var imidlertid så vidt formulert at det var vanskelig for banken å finne frem til alle dokumentene. Høyesteretts kjæremålsutvalg mente begjæringen ga uttrykk for at den begjærende part ikke visste om det faktisk fantes dokumenter, og hva de eventuelt måtte inneholde. Den hadde en meget generell form, som ga inntrykk av å være en nokså ubestemt leting etter dokumenter av potensiell interesse.

Videre var det et sentralt poeng at det ikke fantes noen enkelt saksmappe der man kunne finne alle dokumentene som ble krevd fremlagt. Bergensbanken ville derfor måtte gå gjennom alle sine arkiver for å etterkomme begjæringen. I begrunnelsen for ikke å ta fremleggelseskravet til følge viste kjæremålsutvalget til Rt. 1998 side 583.¹⁵⁶ I 1998-avgjørelsen, hvor Høyesterett aksepterte et krav om fremleggelse, fantes det en saksmappe som inneholdt dokumentene som ble begjært fremlagt. Dermed var det praktisk enkelt for motparten å fremskaffe dokumentene, uten å måtte lete gjennom alle sine arkiver.

Når en part krever tilgang til en ubestemt dokumentmengde om et bestemt forhold, er det ikke gitt at det er praktisk mulig å samle dokumentene, eller vite hvor de finnes. Avgjørelsen i Rt. 1999 side 493 viser at den praktiske muligheten for å finne frem til dokumentene, er et tungtveiende argument. Jo mer avgrenset temaet for begjæringen er, jo større er muligheten for motparten til å lete frem dokumentene. Derfor er den nærmere tematiseringen av dokumentene viktig. Dette må vurderes konkret.

Analysen av rettspraksis viser at krav om fremleggelse av samtlige dokumenter med beskrivelse av et bestemt tema kan utgjøre en tilstrekkelig spesifisering. Temaet må være så spesifisert eller bestemt at det ikke byr på nevneverdig tvil om hvilke dokumenter det dreier seg om. Dette vil gjøre retten i stand til å vurdere relevansen av dokumentene, og motparten vil kunne

¹⁵⁶ Se punkt 4.3.

skjønne hvilke dokumenter han skal fremlegge. I tillegg vil angivelse av tidsperiode og eventuelle avsendere og adressater bidra til oppfyllelse av spesifikasjonskravet. Samtidig må det ses hen til den praktiske muligheten for å fremskaffe dokumentene, for eksempel om det finnes en saksmappe eller lignende.

Ved begjæringer som er spesifisert til et tema, oppstår en risiko for at motparten vil måtte bruke betydelige ressurser på å søke gjennom store mengder dokumenter. Så lenge temaet er tilstrekkelig avgrenset til å oppfylle spesifikasjonskravet, ivaretas denne konsekvensen ved rettens forholdsmessighetsvurdering etter § 26-5 (3). Motparten må således påberope seg uforholdsmessighet i slike tilfeller, ikke at spesifikasjonskravet ikke er oppfylt.

5.5.4 Dokumenter av en bestemt kategori

Flere av Høyesteretts avgjørelser om bevistilgang fra tvistemålslovens tid gjaldt begjæringer om tilgang til bestemte kategorier dokumenter. Ved å sammenholde dokumentkategorien med hva tvisten gjelder, vil man ofte kunne trekke en slutning om hvorvidt dokumentene er relevante bevis.¹⁵⁷ Eksempler på dokumentkategorier er regnskapsmateriale, styreprotokoller, styrenotater og kontoutskrifter. I det følgende drøftes hvordan spesifikasjonskravet er anvendt for slike bestemte dokumentkategorier i rettspraksis.

I **Rt. 1998 side 58**, Galleri Oslo-saken, var det tvist om Sparebanken NOR hadde forpliktet seg overfor Oslo kommune til å fullfinansiere Galleri Oslo-prosjektet. Det prosessuelle spørsmålet for Høyesterett, var om Oslo kommune skulle få bevistilgang til en rekke møteprotokoller fra bankens organer. Kommunen krevde at banken fremla *«saksfremstilling og vedtak fra kredittmøte-, styreutvalgs-, hovedstyre- og hovedkontrollkomitebehandling av Galleri Oslo/Oslo Næringsselskap AS-engasjementet i perioden 1988-1990»*. Høyesteretts kjæremålsutvalg aksepterte kommunens krav, og begrunnet det slik, jf. side 59:

«Begjæringen gjelder en bestemt type saksdokumenter - saksfremlegg og vedtak - fra bestemte organer i banken vedrørende behandlingen av et bestemt engasjement for perioden 1988 til 1990. Utvalget finner at begjæringen bør anses for tilstrekkelig pre-sist å angi hvilke dokumenter den gjelder. Det vil neppe være mulig for kommunen å konkretisere det enkelte dokument.»

Avgjørelsen viser hvordan spesifikasjonskravet skal forstås ved begjæring om bevistilgang til bestemte typer saksdokumenter. Begjæringen må for det første angi hvilken type saksdokumenter og hvilke organer den gjelder. Videre må det angis tidsperioder og hvilket engasje-

¹⁵⁷ Schei mfl. (2013) side 956 og Ristvedt/Tørum (2015) side 139.

ment eller tema det handler om. Ved slik spesifisering vil det ikke være vanskelig for motparten eller tredjeperson å vite hvilke dokumenter som kreves fremlagt. Avgjørelsen viser at en part kan begjære tilgang til en ubestemt mengde dokumenter som er av en viss kategori og produsert i en bestemt sammenheng.

En annen dokumentkategori er regnskapsmateriale. I **Rt. 1992 side 962** var spørsmålet for Høyesterett om part A kunne pålegges å fremlegge alle sine regnskaper «*fra stiftelse 6. oktober 1986 til og med regnskapsåret 1989*». Kravet var begrunnet med at regnskapene skulle avdekke om selskapet hadde opptrådt illojalt og i strid med aksjeloven ved dets avvikling, eller om selskapet hadde vært insolvent i perioden saksøkerens krav oppsto.

Fremleggelseskravet ble akseptert av lagmannsretten, og Høyesteretts kjæremålsutvalg tiltrådte lagmannsrettens lovtolkning. Kravet anga en bestemt kategori dokumenter (regnskap), for en bestemt tidsperiode og med et bestemt tema det skulle belyse. Det var dermed ikke tvilsomt for motparten hvilke dokumenter som ble krevd fremlagt.

I **Rt. 2007 side 920**, også omtalt i avsnitt 5.5.3, gjaldt tre av fremleggelseskravene kontoutskrifter fra ulike bankkonti A disponerte personlig eller gjennom sine selskaper. Under henvisning til tidligere rettspraksis fastslo Høyesteretts kjæremålsutvalg at en forutsetning for å akseptere et fremleggelseskrav om kontoutskrifter er at det sannsynliggjøres at kontiene finnes. Fremleggelseskravene for kontoutskriftene var tilstrekkelig spesifisert ved at de gjaldt et bestemt kontonummer i en bestemt bank og for en bestemt tidsperiode, jf. avsnitt 41–43.

Ved krav om fremleggelse av regnskap, bankutskrifter, møteprotokoller og lignende har det ikke betydning at enkelte dokumenter i dokumentmassen mangler bevisrelevans for saken, jf. punkt 4.3 om Rt. 1997 side 736. Irrelevante opplysninger i dokumentmassen skal ikke hindre bevistilgang, når det for øvrig ikke er mulig å spesifisere begjæringen ytterligere.

Når en begjæring om dokumenter innenfor en bestemt kategori er avgrenset til en bestemt tidsperiode og et bestemt tema, skal retten i utgangspunktet pålegge bevistilgang. I disse tilfellene vil hensynet til at motparten skal vite hva som kreves fremlagt, være ivaretatt.

5.5.5 Elektronisk lagret materiale

I dag er dokumentmateriale ofte lagret elektronisk i stedet for i fysiske dokumentarkiv. Elektronisk lagring skjer oftest i en datamaskins harddisk eller i nettverksservere, men kan også skje på tilknyttede lagringsmedier som CD-ROM, backup-bånd, mobiltelefoner, mp3-spillere

og minnepinner.¹⁵⁸ En særlig problemstilling er hvordan spesifikasjonskravet skal anvendes for begjæringer om bevis tilgang til elektronisk lagret materiale.¹⁵⁹

I Rt. 2004 side 1467 måtte Høyesterett ta stilling til en begjæring om bevis tilgang til elektronisk lagret materiale. Bevisbegjæringen gjaldt e-postkorrespondanse som var lagret elektronisk på en CD. Kjæremålsutvalget la til grunn i avsnitt 23 at begjæringen må være spesifisert «*på en slik måte at det er rimelig klart hvilke bevisgjenstander begjæringen gjelder*». Kjæremålsutvalget var enig med lagmannsretten i at det forelå en tilstrekkelig individualisering av e-postkorrespondanse. Begjæringene var spesifisert med hvilke personer som hadde sendt e-post, et nærmere angitt tidsrom og et nærmere angitt tema. Spesifikasjonen tilsvarte dermed den som var tilstrekkelig for fremleggelse av korrespondanse i Rt. 2007 side 920, jf. punkt 5.5.3. Avgjørelsen viser at elektronisk lagret materiale må vurderes etter Høyesteretts generelle retningslinjer om spesifikasjonskravet. Elektronisk lagret materiale kan imidlertid reise enkelte særlige problemstillinger. Spørsmålet er hvordan begjæringer må være spesifisert for at det skal fremstå «*rimelig klart*» hvilket elektronisk lagret materiale det begjæres tilgang til.

En part kan som utgangspunkt ikke kreve tilgang til alle filer på et bestemt lagringsmedium, eksempelvis en harddisk.¹⁶⁰ En slik begjæring vil ikke være tilstrekkelig for retten til å vurdere bevisverdien. I tillegg vil en harddisk som regel inneholde atskillig materiale som enten er irrelevant for saken eller er omfattet av bevisfritak eller bevisforbud.

Utgangspunktet er at spesifikasjonskravet må anses oppfylt dersom begjæringen gjelder en bestemt program- eller datafil eller flere bestemte filer vedrørende et konkret saksforhold.¹⁶¹ Dette vil kunne være tilstrekkelig for at motparten skal kunne søke opp de relevante dokumentene på sine lagringsmedier. Dersom parten ikke kan spesifisere datafilen, kan en begjæring om elektronisk lagret materiale spesifiseres til en nærmere dokumentkategori, for eksempel e-postkorrespondanse eller en elektronisk lagret avtale, og med et nærmere angitt tema.¹⁶² Det vil kunne gi motparten grunnlag for å søke opp dokumentene på sine lagringsmedier. I et slikt tilfelle vil det fremstå «*rimelig klart*» for motparten hvilket materiale det gjelder, jf. Rt. 2004 side 1467.

Likevel er det slik at jo bredere et tema begjæringen gjelder, jo vanskeligere er det for retten å vurdere materialets bevisrelevans. Ved å søke på bestemte søkeord i lagringsmediene, er

¹⁵⁸ Monsen (2007) side 199.

¹⁵⁹ Andre særlige spørsmål om elektroniske dokumenter vil ikke bli behandlet, jf. punkt 1.2.

¹⁶⁰ Monsen (2007) side 211.

¹⁶¹ Monsen (2007) side 211.

¹⁶² Monsen (2007) side 211.

sannsynligheten stor for å få svært mange treff med varierende grad av relevans for saken.¹⁶³ Eksempelvis vil en begjæring om at motparten fremlegger alt materiale om byggeprosjekt X i sine lagringssystemer, kunne føre til svært mange treff som er uten relevans for saken. En slik begjæring vil ikke oppfylle spesifikasjonskravet, med mindre det konkrete søkeordet er så avgrenset at det ikke vil by på nevneverdig tvil for motparten hva det innebærer.

Foruten dokumentkategori og et nærmere presisert tema bidrar det til oppfyllelse av spesifikasjonskravet å angi produsenten av det elektroniske materialet, for eksempel en særskilt ansatt hos motparten. Om parten i tillegg angir et tidspunkt eller tidsrom materialet ble produsert, kan det som regel konkluderes med at spesifikasjonskravet er oppfylt.¹⁶⁴ Slik spesifisering vil gjøre at retten får vurdert relevansen for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget, og at motparten forstår hva han skal fremlegge. Det kan ikke kreves at begjæringen angir hvor materialet er lagret, eksempelvis nettverksserver, CD-ROM eller harddisk.¹⁶⁵

Ved begjæringer om tilgang til elektronisk lagret materiale legges de generelle retningslinjer om spesifikasjonskravet til grunn, jf. punkt 5.5.2–5.5.4, med de særlige vurderinger som gjør seg gjeldende for slikt materiale.

¹⁶³ Astrup Hjort (2015) side 118.

¹⁶⁴ Monsen (2007) side 211.

¹⁶⁵ Monsen (2007) side 211.

6 Oppsummering

Utgangspunktet i eldre rettspraksis og juridisk prosesslitteratur har vært at en begjæring om bevis tilgang bare kan gjelde bestemt angitte dokumenter eller bevis.¹⁶⁶ Slike begjæringer oppfyller helt klart spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6 (1). Etter gjeldende rett er imidlertid dette kun et overordnet utgangspunkt.

Nyere rettspraksis viser at det kan gis tilgang til et ubestemt antall dokumenter. Utgangspunktet for vurderingen er om det fremstår «rimelig klart», alternativt at det ikke skapes «nevneverdig tvil» om, hvilke dokumenter begjæringen dreier seg om. I disse situasjonene vil det normalt være nødvendig å angi dokumenter av en viss kategori og/eller med et mer avgrenset tema. På denne måten vil det kunne være mulig for retten å vurdere bevisrelevansen og for motparten å forstå hva han skal legge frem. Nøyaktig hvor avgrenset tematiseringen må være, må avgjøres ut fra de faktiske forholdene i den konkrete saken. Relevante momenter vil være om begjæringen kan avgrenses til bestemte avsendere eller adressater eller en bestemt tidsperiode. Det er ikke til hinder for fremleggelse av et ubestemt antall dokumenter at enkelte dokumenter innenfor dokumentmassen ikke har bevisverdi i saken.

Nyere rettspraksis er imidlertid ikke så liberal at den gir partene mulighet til å kreve fremleggelse av alle dokumenter i et sakskompleks uten nærmere tematisering. Slike begjæringer er for uspesifiserte til å oppfylle spesifikasjonskravet. I et slikt tilfelle er det gunstig for opplysningen av saken om den begjærende part veiledes av retten til å bruke spørsmålsadgangen i § 26-5 (2), jf. § 11-5 (1). Det er få eksempler i praksis på at spørsmålsadgangen er benyttet. Det kan gi grunn til å spørre seg om den er tilstrekkelig kjent blant advokater og dommere. Avhandlingen gir imidlertid ikke grunnlag for å trekke noen sikre slutninger om et slikt empirisk spørsmål.

Ved tvil om en begjæring om tilgang til et ubestemt antall dokumenter oppfyller spesifikasjonskravet, må retten vurdere spesifikasjonskravet i lys av de faktiske mulighetene for nærmere spesifisering. Dessuten er det et viktig hensyn at spesifikasjonskravet «ikke i urimelig grad blir til hinder for en korrekt opplysning av saken».¹⁶⁷ Dersom retten kommer til at spesifikasjonskravet ikke er oppfylt, må retten vurdere lempning etter § 26-6 (2).

Det har foreløpig ikke kommet noen prinsipielle avgjørelser fra Høyesterett som avklarer nærmere i hvilke tilfeller lempningsadgangen skal brukes, jf. punkt 5.4. Etter mitt syn gir det best forutberegnelighet for aktørene i rettslivet om Høyesterett legger opp til en praksis som

¹⁶⁶ Schei (2013) side 955.

¹⁶⁷ NOU B side 980.

oppfordrer til oppfyllelse av spesifikasjonskravet i første ledd. En praksis som medfører at de fleste bevisbegjæringer skal vurderes etter andre ledd, vil kunne føre til flere bevistilgangstvister og dermed være prosessdrivende.

7 Kilder

7.1 Lover

Barneloven

Domstoloven

EMK

Forvaltningsloven

Grunnloven

Jordskifteloven

Offentlighetsloven

Skifteloven

Skjønnsprosessloven

Tvangsfullbyrdelsesloven

Twisteloven

Twistemålsloven

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814

Lov 21. desember 1979 nr. 77 om jordskifte o.a.

Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd

Lov 21. februar 1930 om skifte

Lov 1. juni 1917 nr. 1 om skjønn og ekspropriasjonssaker

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål

7.2 Forarbeider

NOU A

NOU 2001: 32 bind A, Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU B

NOU 2001: 32 bind B, Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Prp.

Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) om lov om mekling og rettergang i sivile saker

7.3 Rettsavgjørelser

Avgjørelser fra Høyesterett:

Rt. 1936 side 977

Rt. 1962 side 188

Rt. 1962 side 367

Rt. 1971 side 412

Rt. 1983 side 430

Rt. 1990 side 1034
Rt. 1992 side 962
Rt. 1993 side 1105
Rt. 1994 side 932
Rt. 1997 side 736
Rt. 1998 side 58
Rt. 1998 side 484
Rt. 1998 side 583
Rt. 1999 side 493
Rt. 2000 side 1656
Rt. 2002 side 1563
Rt. 2004 side 442
Rt. 2004 side 1467
Rt. 2004 side 1668
Rt. 2007 side 920
Rt. 2010 side 774
Rt. 2012 side 410
Rt. 2012 side 1440
Rt. 2012 side 1601
Rt. 2013 side 817
Rt. 2013 side 1719
Rt. 2014 side 1324

Upubliserte avgjørelser fra Høyesterett:
HR-2012-1004-F

Avgjørelser fra lagmannsrettene:
LG-2008-132615
LB-2010-146897-1
LB-2011-18235
LB-2014-37211
LB-2014-108782
LB-2014-175265

Den europeiske menneskerettsdomstol, The European Court of Human Rights, Strasbourg, EMD:

McGinley and Egan v. The United Kingdom Case of McGinley and Egan v. The United Kingdom, application no. 21825/93 and 23414/94, dom 9. 6. 1998.

Walston v. Norway

Case of Walston v. Norway, application no. 37372/97, dom 3. 6. 2003.

7.4 Juridiske bøker

Astrup Hjort (2015)

Astrup Hjort, Maria, Tilgang til bevis i sivile saker – Særlig om digitale bevis, doktorgradsavhandling, Oslo, 2015

Eckhoff (2001)

Eckhoff, Torstein, Rettskildelære, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo, 2001

Mæland (2013)

Mæland, Henry John, Kort Prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven, 3. reviderte utgave, Bergen, 2013

Robberstad (2012)

Robberstad, Anne, Sivilprosess, 2. utgave, Oslo, 2012

Schei mfl. (2013)

Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie, Tvisteloven – kommentarutgave, bind I og II, 2. utgave, Oslo, 2013

Skoghøy (2010)

Skoghøy, Jens Edvin A., Tvisteløsning, 1. utgave, Oslo, 2010

Skoghøy (2014)

Skoghøy, Jens Edvin A., Tvisteløsning, 2. utgave, Oslo, 2014

Strandberg (2012)

Strandberg, Magne, Beviskrav i sivile saker, Bergen, 2012

Walton (2002)

Walton, Douglas, Legal argumentation and evidence, Pennsylvania, 2002

7.5 Juridiske artikler

Monsen (2007)

Monsen, Erik, «Bevistilgang til elektronisk lagret materiale», Tidsskrift for Forretningsjuss, 2007 – nr. 3, side 194–235 (sitert fra Lovdata)

Ristvedt/Tørum (2015)

Ristvedt, Per M. og Amund Bjøranger Tørum, «Provokasjoner, begjæringer om bevis-tilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte «discovery»», Tidsskrift for Forretningsjuss, 2015 – nr. 2, side 103–178 (sitert fra Gyldendal Rettsdata)